

## 1.2. Derecho de familia

# Los negocios fiduciarios ante los procedimientos de separación, divorcio y nulidad

## *Fiduciary business in the process of separation, divorce and nullity*

por

SERGIO TUDELA CHORDÁ

*Doctor en Derecho  
Abogado en ejercicio*

**RESUMEN:** Los negocios fiduciarios en su vertiente *cum amico*, se basan en la confianza depositada entre fiduciante y fiduciario, consistiendo en una transmisión formal y aparente de la propiedad frente a terceros, pero manteniendo el fiduciante la propiedad real. Este tipo negocial encuentra su máxima difusión en la órbita de las relaciones familiares y su máxima conflictividad se produce frente a las crisis matrimoniales. En el presente trabajo se aborda en primer lugar el posicionamiento doctrinal ante el instituto negocial. Habida cuenta de la falta de virtualidad que le confiere la doctrina mayoritaria, se centrará el estudio jurisprudencial para la conceptualización, alcance y consecuencias del negocio fiduciario *cum amico* en el tráfico jurídico y el estudio y comentario de diversas resoluciones judiciales que abordan el negocio fiduciario *cum amico* ante las crisis matrimoniales, tanto para distinguir los negocios fiduciarios de las donaciones como para el estudio casuístico de la institución.

**ABSTRACT:** *Fiduciary businesses in their cum amico slope are based on trust deposited between trustor and trustee, consisting of a formal and apparent transfer of ownership to third parties, but maintaining the real property the trustor. This type of business finds its maximum diffusion in the orbit of the familiar relations, and its maximum unrest occurs when marital crisis happen. In this work, the doctrinal positioning before the negotiating institute is first tackled. Given the lack of virtuality conferred by the majority doctrine, the jurisprudential study will focus on the conceptualization, scope and consequences of the cum amico fiduciary business in legal traffic and the study and commentary of various judicial decisions that approach the fiduciary business cum amico to the marital crisis, both to distinguish fiduciary businesses from donations, and to casuistic study of the institution.*

**PALABRAS CLAVE:** Fiducia *cum amico*. Confianza. Divorcio. Negocio fiduciario. Extinción.

**KEY WORDS:** *Cum amico fiduciary business. Trust. Divorce. Fiduciary business. Extinction.*

**SUMARIO: I. CONCEPTO Y ALCANCE DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS:** 1. DEFINICIÓN: A) *La confianza como elemento configurador del negocio fiduciario.* 2. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL: A) *Distinción de las modalidades de negocios fiduciarios según la jurisprudencia.* B) *Notas características de los negocios fiduciarios.*—II. FIDUCIA *CUM AMICO* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL COMO NEGOCIO VÁLIDO, POSIBLE Y LÍCITO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM AMICO*.—III. DETERMINACIÓN Y DISTINCIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS ANTE LAS CRISIS MATRIMONIALES: 1. DISTINCIÓN ENTRE NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM AMICO* Y DONACIONES. 2. DIFERENCIA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y LOS NEGOCIOS DE CONFIANZA.—IV. LA CONFIANZA ANTE LA CRISIS MATRIMONIAL Y LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS: 1. COMENTARIOS A RESOLUCIONES JUDICIALES: A) *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2006.* B) *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012.* C) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010.* D) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011.* E) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de diciembre de 2007.* F) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de octubre de 2012.*—V. LA CRISIS MATRIMONIAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS *CUM AMICO*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONCEPTO Y ALCANCE DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

### 1. DEFINICIÓN

El negocio fiduciario es una institución que por su complejidad y práctica habitual en el tráfico jurídico ha generado una cantidad ingente de estudios doctrinales y ha sido también protagonista de infinidad de resoluciones judiciales y administrativas. Así para abordar el presente estudio en primer lugar centraré la institución a través del concepto doctrinal y jurisprudencial de negocio fiduciario.

En general la doctrina autorizada en la materia concibe el negocio fiduciario como negocio simulado relativamente y en consecuencia con los efectos inherentes al contrato simulado y al disimulado. Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo le da carta de validez y eficacia a los negocios fiduciarios, y los considera como un tipo negocial autónomo en el que la confianza entre los contratantes juega un papel primordial, —sobre todo en la modalidad *cum amico*—, dándose estos últimos en la órbita de las relaciones familiares, generando conflicto ante las crisis matrimoniales. Es por ello que el presente trabajo se centrará en definitiva, en el estudio jurisprudencial de la institución ante las crisis matrimoniales.

DE CASTRO (DE CASTRO Y BRAVO, 1985, 383) configura el concepto de negocio fiduciario partiendo de la incongruencia entre el negocio verdaderamente pactado entre las partes y el que se muestra al exterior: «cuando se trata del negocio fiduciario, se acostumbra a decir que el fenómeno práctico a dilucidar se caracteriza por la incongruencia del medio jurídico elegido (enajenación) y el fin económico o práctico perseguido (garantía, administración), discordancia de la que nace el peligro para el fiduciante y la posibilidad de abuso para el fiduciario».

Generalmente, y refiriéndose a la fiducia *cum creditore*, el medio jurídico empleado sería la compraventa, mientras que el fin económico perseguido sería un afianzamiento de crédito. En el caso de la fiducia *cum amico*, el medio jurídico empleado sería también cualquier contrato —válido— que transmita el dominio

del bien, y el fin perseguido no iría más allá de un derecho de representación o mandato. De esta incongruencia nace el elemento esencial del negocio fiduciario: la fiducia o confianza. Son negocios en los que la confianza tiene un *plus* de importancia frente a cualquier otro tipo de negocio real, ya que se confía en que el fiduciario no abusará del derecho que tiene frente a terceros, pero que en todo caso podría transmitir, ya que jurídicamente tiene capacidad para hacerlo.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 1988, 67), por su parte, conceptúan el negocio fiduciario como instrumento, ni siquiera como negocio jurídico autónomo: «instrumento a través del cual se llevan a cabo transmisiones o atribuciones patrimoniales de una persona a otra, pero para conseguir unos fines distintos y más débiles de los típicos de tales desplazamientos patrimoniales, que se concretan en un acto o acuerdo»<sup>1</sup>. En esta obra, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS dejan patente que la voluntad de las partes difiere de la transmisión patrimonial; es decir, las partes no quieren transmitir, pero se ven abocadas a la transmisión del bien para poder conseguir el fin de garantía o representación en su caso.

En este mismo sentido, ALBALADEJO (ALBALADEJO GARCÍA, 1958, 221) —al igual que la gran mayoría de la doctrina— niega la existencia autónoma del negocio jurídico fiduciario en nuestro derecho y afirma que es un negocio simulado, con simulación relativa. Los sujetos involucrados no tienen voluntad verdadera de transmitir la cosa objeto del contrato, sino que declaran una voluntad falsa (de transmitir) para encubrir o disimular la verdadera (de dar en garantía o en confianza para ocultar, etc.). Y define el negocio fiduciario como aquel por el que se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa el fin perseguido, obligándose, el que la recibe, a usarla dentro de los límites de aquel fin y a la posterior restitución de lo adquirido.

Por tanto, se emite una declaración de voluntad —de transmitir la cosa— que no responde a la voluntad verdadera. Hay una voluntad auténtica, en la que están conformes los sujetos, consistente en una transmisión limitada al fin pactado de garantía o representación. No se trata de una simulación absoluta, con falta de causa, que produce la inexistencia del negocio jurídico, sino de una simulación relativa. Se declara una voluntad de transmitir; que no es cierta, y se disimula lo verdaderamente querido. El negocio simulado no es válido, pero sí lo es el disimulado: se expresa una causa falsa —de transmitir— y se oculta la verdadera y lícita —de garantizar, por ejemplo— que sí es válida (art. 1276 del Código Civil). Con todo no se puede olvidar que las partes quieren la transmisión, pero con unos efectos y garantías consensuados en el pacto fiduciario. Las partes han buscado la incongruencia, la desproporción, la transmisión y la apariencia creada frente a terceros. Esta es la teoría que sostiene la gran mayoría de la doctrina, que con base en la tesis de DE CASTRO, consideran el negocio fiduciario como un negocio simulado relativamente.

De este modo, si un tercero de buena fe —que no lo es el que conoce la realidad del negocio fiduciario— adquiere la cosa objeto del mismo, tendrá absoluta protección su adquisición, por el artículo 464 del Código Civil si es mueble y con base en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si es inmueble. Sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad en que incurra el fiduciario.

#### *A) La confianza como elemento configurador del negocio fiduciario*

Existen autores que —partiendo también de la desproporción o contradicción entre el negocio jurídico empleado y la finalidad buscada— le dan más impor-

tancia a la confianza para conceptuar el negocio fiduciario que aquellos otros que optan por la característica de la incongruencia, que conlleva necesariamente a concebir el negocio fiduciario como negocio simulado.

PANTALEÓN PRIETO<sup>2</sup> (PANTALEÓN PRIETO, 1955, 4407 y sigs.) también describe el negocio fiduciario partiendo de la existencia de contradicción entre el medio jurídico empleado y el fin buscado, pero deja patente que las partes buscan y convienen la forma con la que se construye el negocio fiduciario. Queda claro, consecuentemente, que su voluntad es que exista esa desproporción o incongruencia entre el efecto jurídico querido por las partes durante la vigencia de la relación fiduciaria y la finalidad económica buscada. Asimismo resalta que existe un riesgo de abuso de poder del fiduciario frente al fiduciante, por lo que la confianza debe ser plena. Sin embargo, cuando el negocio no es querido, como pretenden afirmar algunos autores, la confianza debe ser absoluta, ya que, según el concepto dado por PANTALEÓN PRIETO, las partes sí que quieren transmitir y adquirir, y ello forma parte del negocio jurídico que han convenido.

Para JORDANO BAREA «el negocio fiduciario consistirá en la transmisión definitiva de una cosa o de un derecho para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión definitiva» (JORDANO BAREA, 1959, 13).

Al no existir una correspondencia en cuanto a la apariencia jurídica con lo realmente pretendido por las partes, nos encontramos con que el fiduciante entrega un bien al fiduciario en propiedad —aun cuando el fin verdadero no es ese—, confiriéndole una titularidad definitiva al fiduciario, con lo que puede existir un abuso por parte de este. De este peligro de abuso se obtiene una de las más importantes características de esta figura jurídica: la confianza. La confianza es el elemento característico e indispensable en el negocio fiduciario. Por eso el fiduciante pone en práctica voluntariamente el negocio confiando en la lealtad del fiduciario, (JORDANO BAREA, 1959, 13), ya que, efectivamente abuse o no de la apariencia jurídica, lo que está claro es que existe una desproporción entre lo pretendido y lo verdaderamente mostrado a terceros a través de la publicidad registral.

DÍEZ PICAZO considera la confianza como elemento configurador del negocio fiduciario<sup>3</sup> (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1987, 29) y por tanto de su concepto, pero esta confianza —según este autor— no es capaz de transformar las voluntades y/o los motivos en causa, por lo que la falta de causa produce como consecuencia la simulación relativa del contrato.

Partiendo de la base de que el negocio fiduciario tiene como premisa principal la confianza existente entre las partes, ZANNONI lo define del siguiente modo: «el acto jurídico fiduciario —del latín: *fiducia*, fe, confianza— es aquel que se celebra para constituir o transmitir un derecho a quien, de acuerdo con la intención real de las partes, tiene que transmitirlo a su vez más tarde, mediante otro acto o negocio a un tercero» (ZANNONI 1986, 362). En esta obra, ZANNONI también recoge el concepto dado por FERRARA, que manifiesta: «el acto fiduciario impulsa, pues, un negocio real por medio del cual el fiduciante constituye o transmite un derecho al fiduciario, si bien esa constitución o transmisión está vinculada o afectada-modificada, por la obligación del fiduciario de hacer un uso determinado del derecho mismo. Por tanto el fiduciario tiene la obligación personal de usar el derecho adquirido solo para aquel fin restringido que las partes quieren, y por lo tanto, para restituirlo eventualmente al constituyente o transmitente —fiduciante— o a terceras personas». Obviamente estamos ante un negocio que, frente a terceros, otorga la propiedad de un bien a una persona —fiduciario—, pero que tiene unas limitaciones no establecidas por la

Ley, ni tan siquiera —en la mayoría de los casos— pactadas de forma escrita, pero que deben ser respetadas por el fiduciario para el buen fin del negocio jurídico. Esta obligación casi espiritual que podría ser la base del negocio rezuma la característica de confianza *inter partes*.

Como ha quedado patente, a través de la conceptualización del negocio fiduciario, la doctrina no reconoce virtualidad y autonomía como negocio independiente, sino que es concebido por la doctrina mayoritaria como un negocio simulado relativamente.

MARTÍN LEÓN, considera que en la actualidad existe un eclecticismo en doctrina y jurisprudencia para proporcionar un concepto de negocio fiduciario sin pronunciarse acerca del traspaso o no de la propiedad (MARTÍN LEÓN 2012, 29).

GALGANO (GALGANO, 1992,87), por su parte, lo define como una categoría contractual determinada, definida como contrato o negocio fiduciario, en virtud del cual la propiedad de un bien resulta transferida de un sujeto a otro a través del pacto fiduciario —*pactum fiduciae*—, que el segundo utiliza para un determinado fin, alcanzado el cual debe volver a transferir el bien al primero. Así, GALGANO ya no parte de la incongruencia o desproporción entre lo mostrado y publicitado y lo verdaderamente pretendido por las partes, y lo reconoce como categoría contractual; además, también debo destacar de GALGANO que entiende en su concepto que en el negocio fiduciario no existe una transmisión de la propiedad definitiva, sino que debe ser transferido otra vez al fiduciante alcanzado lo pactado.

Otros autores consideran que no existe confianza en los negocios fiduciarios *cum creditore*. DURÁN RIVACOBÁ afirma que la confianza en la fiducia *cum creditore* proviene solo de ideas abstractas, ya que no existe tal confianza si el acreedor exige una garantía tan desproporcionada frente al préstamo, y tampoco respecto del deudor, que exige una garantía tan grande (DURÁN RIVACOBÁ, 1998, 169).

## 2. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

El Tribunal Supremo en esta última década define el negocio fiduciario a través de resoluciones que se van reiterando y en este sentido: la sentencia de 31 de octubre de 2012<sup>4</sup>, que recoge las sentencias de esta Sala de 13 de julio de 2009<sup>5</sup>, y de 28 de marzo de 2012, se refiere al negocio fiduciario afirmando que «su precedente histórico se halla en las *Instituciones* de GAYO habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000; 16 de julio de 2001; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza». Como se desprende del párrafo transcrito, en la actualidad, el concepto que parte de dos negocios independientes ha sido obviado, y por el contrario, se centra en definir que la propiedad del fiduciario es meramente formal.

Un concepto de negocio fiduciario válido en todo momento, con independencia de qué teoría interpretativa se aplique y qué defina el contenido del instituto con independencia de la modalidad de negocio fiduciario —*cum amico o cum creditore*—, es el recogido por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre otras las de 2 de diciembre de 1996 y sentencia del Tribunal Supremo de

5 de marzo de 2001 y 17 de julio de 2001: «aquel que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor del otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. Siendo válido y eficaz el negocio cuando no encierre fraude de ley».

De este concepto dado por la jurisprudencia se extraen las siguientes características:

1. Se ha sustituido la transmisión de la propiedad por «atribución patrimonial». El cambio es significativo habida cuenta de que la atribución patrimonial conlleva de forma intrínseca el carácter de la propiedad fiduciaria, que no es una propiedad plena sino limitada por el *pactum fiduciae*.
2. Además se limita el poder de disposición al *pactum fiduciae*: «para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron»
3. Se insiste en la obligación de retransmisión cuando se haya cumplido la finalidad prevista.
4. La exigencia de que no encierre fraude de ley es otra nota característica de esta figura: «será válido y eficaz cuando no encierre fraude de ley». La jurisprudencia apela a la libertad de pactos recogida en el artículo 1255 del Código Civil para justificar la existencia o la cabida del negocio fiduciario en nuestro sistema jurídico; y las salvedades serán que no vayan en contra de la ley, la moral y el orden público.

Respecto a esta nota característica, entiendo que hace referencia, a la protección que la legislación debe dar a los terceros de buena fe, ajenos al negocio fiduciario, ya que estos no pueden conocer el contenido de este negocio por la propia naturaleza del mismo. El límite establecido en el artículo 1255 del Código Civil es cuestionado por la última jurisprudencia y parte de la doctrina, no tanto por la libertad de pactos, sino porque no puede ser el único sustento para amparar el negocio fiduciario en un sistema causalista como el nuestro. Con el abandono de la teoría del doble efecto y con la base normativa del artículo 1274 del Código Civil; ya que este precepto determina que, en los contratos onerosos, la causa es la prestación o promesa de una cosa o servicio.

De estas características obtenemos que es un negocio cuya apariencia frente a terceros es diferente a lo pactado, ya que los efectos *inter partes* no se muestran al exterior. Este espíritu conlleva implícito una nota importantísima dentro de la fiducia, que es la confianza: debe existir una gran confianza para respetar un pacto interno que solo conocen las partes y cuya obligación para su cumplimiento dependerá de la formulación del propio negocio jurídico.

Con todo, podemos extraer cuatro elementos comunes a los negocios fiduciarios, que CÁMARA LAPUENTE ha denominado tópicos que son los que la jurisprudencia ha asumido como definitorios del negocio fiduciario (CÁMARA LAPUENTE, 1999, 1809):

- a) Utilización de un medio indirecto para obtener un resultado al que podría haberse llegado de forma directa.
- b) Desproporción entre el medio empleado y el fin práctico obtenido.

- c) Riesgo de abuso del fiduciario, debido a la posibilidad de que quiebre la confianza puesta en él por el fiduciante si procede deslealmente, generando terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante carece de acción o resistiéndose infundadamente a la restitución.
- d) Rango superlativo de la confianza (fiducia), que alcanza en este tipo negocial su máxima expresión; superior a la que, en mayor o menor grado, acompaña a toda contratación.

A) *Distinción de las modalidades de negocios fiduciarios según la jurisprudencia*

Existen dos modalidades, partiendo del objeto y la finalidad de los negocios fiduciarios: fiducia *cum amico* y *cum creditore*. Si bien en el presente artículo, definiré ambas figuras, pero me centraré en el estudio del negocio fiduciario en su modalidad *cum amico*, ya que es donde se da en estado puro la relación de confianza; siendo en las relaciones matrimoniales su máximo exponente.

DE ÁNGEL YAGÜEZ con base en el derecho romano y en la causa del negocio distingue dos especies de negocios fiduciarios: fiducia *cum amico* y fiducia *cum creditore*. La primera responde a fines de favor o complacencia y la segunda por razones de garantía y seguridad (DE ÁNGEL YAGÜEZ, 1973, 50). El concepto de negocio fiduciario dado por la doctrina científica es tan dispar y poco clarificador que en este apartado voy a explicar el concepto dado por la jurisprudencia. Si bien es cierto que este concepto jurisprudencial puede ir cambiando según la época de la sentencia y de la teoría utilizada en el momento, no es menos cierto que, con respecto a la conceptualización del negocio fiduciario *cum amico* y *cum creditore*, se ha mantenido invariable desde finales del siglo XX hasta la fecha.

La jurisprudencia considera que en función de la causa del negocio fiduciario se distinguen dos tipologías de institución fiduciaria. La causa vendrá determinada por el *pactum fiduciae*, es decir, lo verdaderamente querido por las partes. Entiendo que será el *pactum fiduciae* o, mejor dicho, el objeto del mismo, el que determinará el tipo de negocio fiduciario. Los negocios fiduciarios a pesar de su heterogeneidad pueden ser clasificados en dos grandes grupos:

- 1º. Los pertenecientes a la denominada «fiducia *cum amico*»
- 2º. Los pertenecientes a la denominada «fiducia *cum creditore*»

Así la jurisprudencia viene a distinguir dentro del negocio fiduciario ambas instituciones según su finalidad. Cuando existe un fin de garantía, será fiducia *cum creditore*, y cuando la finalidad sea la representación, sustitución o mandato para gestionar o administrar el bien estaremos ante una fiducia *cum amico*, como concluye el Tribunal Supremo en las sentencias—por todas— de fecha de 4 de febrero de 1994 y 22 de junio de 1995<sup>6</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es pacífica respecto a la distinción entre ambas formas fiduciarias, y así la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de 21 de junio de 2010 resume la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y describe el patrón estructural de las sentencias: primero se justifica el negocio fiduciario a través del derecho romano, con cita de las *Instituciones* de GAYO y dándosele carta de naturaleza a través de la cita de varias sentencias del Tribunal Supremo que conciben la institución como válida, existente y posible, salvo finalidad fraudulenta<sup>7</sup>.

En segundo lugar, respecto a la diferencia entre la fiducia *cum amico* y *cum creditore*, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo —por todas— de 4 de febrero de 1994 y 22 de junio de 1995 de la siguiente manera: «aquel negocio que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de revertirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. De lo que se trata es de crear una apariencia lo más real posible para que los terceros destinatarios de la misma —ya sea con el fin de garantizar el pago de una deuda, que sería el caso de la fiducia “*cum creditore*” o la fiducia hecha con el fin de sustituir al fiduciante en la gestión y realización de un negocio, fiducia “*cum amico*”— lleguen a creérsela».

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2006, con cita de la sentencia de 16 de julio de 2001, define la fiducia “*cum amico*”: «en esta modalidad de fiducia, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero —beneficiario—, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal, en el sentido de aparente, caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza, y de ahí que doctrinalmente se considere la fiducia “*cum amico*” la forma pura o genuina del negocio fiduciario».

La jurisprudencia, para distinguir las dos modalidades negociales, parte de determinar a quién beneficia el negocio fiduciario. Así y en esencia, la fiducia *cum amico* beneficia y se contrae en provecho del fiduciante, ya que el fiduciario tendrá la carga de administrar o gestionar el bien de conformidad con lo pactado. La fiducia *cum creditore* se celebra en provecho del fiduciario, el ejemplo típico son las transmisiones de la propiedad con finalidad de garantía, a favor de un acreedor.

#### B) Notas Características

De lo arriba expuesto se pueden extraer las siguientes notas características:

##### a) La fiducia *cum creditore*

- Se contrae en interés del fiduciario (que es el acreedor cuyo crédito se garantiza a través de una transmisión patrimonial de la cosa).
- Existe la titularidad de una cosa en nombre propio y por cuenta propia.
- La doctrina llega a calificarla como fiducia egoísta frente a la altruista (*cum amico*).
- La nota de confianza no es tan absoluta como en la fiducia *cum amico*, pero es mayor al estándar que exige cualquier contratación.

##### b) La fiducia *cum amico*

- Se concluye en interés del fiduciante o de un tercero beneficiario (ya que el fiduciario ostenta un derecho de representación y tiene la carga de cumplir con lo pactado).
- Titularidad en nombre propio (del fiduciario) y por cuenta ajena (fiduciante o tercero designado).
- Basada en la confianza (generalmente se da entre familiares, amigos, personas de confianza que deben lealtad...).



## II. FIDUCIA *CUM AMICO* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El negocio basado en la confianza o negocio fiduciario se da en su estado puro en la modalidad *cum amico*, ya que es en este tipo negocial donde el fiduciante a través de un pacto de confianza, que generalmente no está instrumentado documentalmente, transmite la propiedad con una finalidad de representación o administración. Es un negocio cuya virtualidad y eficacia la doctrina científica niega por considerarlo un negocio simulado relativamente, sin embargo la jurisprudencia le da carta de naturaleza y eficacia plena. La fiducia *cum amico* se da en su máximo esplendor en la órbita de las relaciones familiares y en concreto, con un alto nivel de conflictividad, en las relaciones matrimoniales entre cónyuges y familiares de estos.

La jurisprudencia viene a definir la fiducia *cum amico* como aquel negocio jurídico por el cual uno de los contratantes, llamado fiduciante realiza un negocio traslativo de la propiedad —generalmente a través de compra venta— a favor de otro —llamado fiduciario—, para que lo utilice con una finalidad determinada (representación o administración), debiendo devolver el bien al fiduciante o tercero designado cuando se cumpla la finalidad.

La titularidad del bien que ostenta el fiduciario es formal, en el sentido de aparente. La jurisprudencia del Tribunal Supremo concibe el negocio fiduciario como negocio jurídico, válido y eficaz, con las salvedades establecidas en el artículo 1255 del Código Civil. Es decir, que no sea contrario a las leyes, a la moral, ni al orden público. La modalidad fiduciaria *cum amico* se realiza en interés del fiduciante, que según lo pactado de forma interna, es el único beneficiario, con especial relevancia a la confianza que debe existir entre las partes contratantes. Evidentemente la confianza es absolutamente necesaria para la traslación del dominio, y así viene a recogerlo el Tribunal Supremo a través de la sentencia de 27 de febrero de 2003<sup>8</sup>.

La titularidad formal, en sentido de aparente, y la confianza, son las notas características de esta figura la fiducia *cum amico* según establece la sentencia de 25 de marzo de 2011<sup>9</sup>.

Se puede afirmar que es un negocio jurídico basado en la confianza, que contrae el verdadero propietario del bien —fiduciante— que transmite un bien o derecho con la finalidad de gestión o representación a favor del fiduciario. Tras la celebración del negocio, el fiduciante pasará a ostentar una propiedad material o real frente al fiduciario, que a su vez se convertirá en propietario aparente del bien, hasta que cese la causa que lo generó, o lo solicite el fiduciante.

### 1. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL COMO NEGOCIO VÁLIDO, POSIBLE Y LÍCITO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM AMICO*

La validez de esta modalidad de negocio jurídico es reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo cuando la finalidad sea fraudulenta como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009<sup>10</sup>. En esta sentencia, se impone un límite muy clarificador; y es que la validez queda supeditada a que la finalidad no sea fraudulenta.

De manera análoga se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011<sup>11</sup>. Esta resolución recoge el típico supuesto de hecho en el que unos padres, con la finalidad de eludir deudas, cambian la titularidad de los

bienes a favor de sus hijos a través de una compraventa. Desplegada la prueba en el procedimiento judicial, y demostrada la verdadera intención, se declara ilícito el negocio fiduciario. Concluye esta sentencia indicando que, habida cuenta que los fiduciarios no ostentan una titularidad real sino formal, cabe la acción subrogatoria ejercida por el acreedor con la finalidad de que los bienes vuelvan al patrimonio de los verdaderos propietarios. La sentencia resalta que los negocios fiduciarios pueden ser lícitos o ilícitos, y que una finalidad ilícita nunca puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico.

En términos similares se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007<sup>12</sup>, que viene a recoger los argumentos jurisprudenciales que configuran la fiducia *cum amico* como negocio jurídico válido, posible y lícito. Estos extremos son recogidos con base en las sentencias de 16 de julio de 2001, 17 de septiembre de 2002 y 13 de febrero de 2003, entre las más recientes. La primera de las citadas —STS de 16 de julio de 2001— recoge la diferencia entre propiedad formal del fiduciario, y propiedad material o real del fiduciante<sup>13</sup>. Y la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992 que destacaba la similitud, pero no la equiparación de la fiducia *cum amico*, con el mandato. El supuesto de hecho recogía un asunto en el que una sociedad era titular formal de unos préstamos (fiduciario) que en realidad eran para determinados socios de la mercantil (fiduciantes). La titular formal del préstamo era la mercantil por cumplir los requisitos exigidos por la entidad financiera; los socios beneficiarios y la mercantil pactaron qué devolución y en qué proporción debería responder cada socio.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996, —recogiendo doctrina que ya se contenía en las del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1932, 14 de octubre de 1959, 6 de octubre de 1977 y 3 de enero de 1978— consideraba la validez del contrato no obstante haberse expresado una causa falsa, cuando se demuestra que está basado en una verdadera y válida. Doctrina que sigue vigente, en sentencias como las de 19 de diciembre de 1999, 1 de abril de 2000, 2 de abril de 2001, 23 de octubre de 2002, entre otras. La causa falsa hace referencia en la fiducia *cum amico*, a la compraventa que le hace el fiduciante al fiduciario ya que no es real, sino que esconde un mandato o representación. Siendo estos últimos reales y existentes, el negocio será válido siempre y cuando cumpla, por supuesto, con todos los requisitos exigidos<sup>14</sup>.

Con base en lo argumentado en esta sentencia (STS 8 de enero de 1996), se quiere constatar la validez del negocio fiduciario en su variable de fiducia *cum amico*, concluyendo que será válido el negocio en tanto en cuanto la *causa fiduciae*, sea lícita y válida. Entendiendo por *causa fiduciae* no el contrato que hace posible la transmisión de la propiedad, sino la causa por la que se hace aquel contrato traslativo de dominio.

Por último, debo añadir que según la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004<sup>15</sup> respecto de la inexistencia de causa típica en los contratos que transmiten la propiedad fiduciaria y su consideración de simulado por la falta del requisito causal concluye: «se elimina la exigencia de cualquier elemento o contraprestación propio de la compraventa al derivarse de un reconocimiento del pacto o «fiducia *cum amico*».

La sentencia citada de 7 de mayo de 2007, que recopila los criterios jurisprudenciales de la validez de la fiducia *cum amico* se pronuncia sobre el siguiente supuesto de hecho:

El fiduciante entrega un dinero al fiduciario para que compre un inmueble y sea escriturado a nombre este último. En el presente caso, la relación entre

fiduciante y fiduciario es de madre e hijo, en el que la madre como arrendataria del inmueble tenía unas condiciones favorables para su adquisición. La madre-fiduciaria adquirió la vivienda siendo propietaria formal y ostentando el hijo la propiedad material del inmueble. Con posterioridad el inmueble fue transmitido por la madre a favor del hijo.

La sentencia calificó el negocio objeto de la *litis* de fiducia *cum amico* frente a la petición de los actores —coherederos del fiduciante-demandado— que instaban la nulidad de la venta del inmueble a favor del hijo coheredero, a pesar de reconocer que la primera compra la realizó la madre con el dinero del hijo. Con todo, el argumento partía de concebir que el negocio fiduciario realizado entre la madre y el hijo fue en fraude de ley porque se engañó al arrendador-vendedor y que la segunda venta (la retransmisión de fiduciante a fiduciario), carecía de causa y por tanto era nula.

La Sentencia concluye que la causa que se exprese para la retransmisión en la órbita del negocio fiduciario es irrelevante, ya que la celebración de ese contrato se realiza para completar el diseño negocial del pacto fiduciario.

De este supuesto de hecho se pueden extraer dos conclusiones muy importantes de la fiducia *cum amico*:

- a) La primera conclusión responde a que en el supuesto de autos como en tantos otros, los tribunales han ido adaptando las situaciones generadas por el tráfico jurídico y se debe estar al supuesto concreto para valorar la existencia de negocio fiduciario. Todo ello partiendo de la buena fe *inter partes* y de la confianza que envuelve al negocio en su totalidad, tanto por los actos como por los vínculos que unen a las partes.
- b) La segunda conclusión, hace referencia a que, en la fiducia *cum amico*, la apariencia de dueño frente a terceros siempre esconderá un interés que en muchos casos roza la ilegalidad. En el presente supuesto era para poder acceder a unos beneficios a los que el fiduciante no podía optar. Beneficios a consecuencia de ser la fiduciaria titular de un derecho arrendaticio, por lo que adquiriría el inmueble en condiciones ventajosas. La pregunta es: ¿el propietario del inmueble y arrendador, le hubiera vendido de forma directa el inmueble al fiduciante —hijo de la titular de los derechos—, o no hubiese sido con las mismas condiciones ventajosas con las que este adquirió a través del negocio fiduciario?

Por tanto, es probable que siempre haya algún perjudicado a través de este enmascaramiento o interposición del titular verdadero, y únicamente podrá reclamar si llega a ser conocedor del pacto de fiducia, extremo que será difícil de desenmascarar ya que se crea frente a él. Los Tribunales partiendo de la base del principio dispositivo del procedimiento civil, tampoco pueden actuar salvo que el ilícito esté tipificado penalmente.

A este respecto y como ejemplo de lo arriba concluido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010, enjuicia un supuesto hecho en el que quedó demostrada la existencia de un negocio por el cual, el demandante solicitaba la retransmisión de los bienes que había dado en fiducia.

El actor alegaba la existencia de un negocio fiduciario *cum amico*, y el demandado se opuso alegando inexistencia de causa *fiduciae* y en todo caso nulidad del negocio por haberse realizado en fraude de ley, ya que la transmisión se había realizado previa al concurso con la intención de salvaguardar el patrimonio de los acreedores concursales.

La Audiencia en este caso alega que la suspensión de pagos concluyó sin queja alguna de los titulares de los créditos, pues no hay prueba en contra de este extremo. Además los acreedores concursales, de considerarse estafados, dispondrían de las pertinentes acciones para recuperar las pérdidas si las hubiera y en todo caso los bienes deben volver al patrimonio del fiduciante para responder, en su caso de esas deudas<sup>16</sup>.

Es completamente imposible que los acreedores de una quiebra pudieran conocer el negocio fiduciario, ya que no tiene publicidad registral; pero para la Audiencia Provincial eso no es ningún impedimento, justificando el negocio en el sentido antes expuesto.

Con todo, al volver al patrimonio del fiduciante el bien, está a disposición de los posibles acreedores del fiduciante, que es lo único que pueden hacer los Tribunales en cada supuesto, ya que partiendo del principio dispositivo en los procedimientos civiles, cualquier otra actuación excedería de las funciones jurisdiccionales del Tribunal.

Por último también se dan negocios fiduciarios para evitar un daño o ante una amenaza. En estos, el verdadero propietario realiza un negocio fiduciario con la finalidad de que frente a terceros aparezca como verdadero propietario una tercera persona, que no es amenazada, o a la que no se le puede causar un daño directo. Esto es lo que acontece en el supuesto de hecho que recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009. En este caso, la actora reclama la devolución del dinero —procedente de la venta de un cuadro— que afirma haber prestado a la sociedad unipersonal del padre de la actora. La decisión se funda en que el cuadro en realidad no era propiedad de la hija, sino del padre. Y el motivo de que el cuadro se pusiera a nombre de la hija para que esta formalizara la venta se debió a que el padre —propietario y coleccionista de obras de arte— estaba siendo extorsionado por una banda terrorista, por lo que se vio obligado a dispersar su patrimonio entre sus hijos. La entrega del dinero obtenido de la venta del cuadro, de la hija a la sociedad del padre, no fue por tanto ningún préstamo, sino solamente la reintegración en el patrimonio del padre del dinero que le pertenecía<sup>17</sup>.

### III. DETERMINACIÓN Y DISTINCIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS ANTE LAS CRISIS MATRIMONIALES

#### 1. DISTINCIÓN ENTRE NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM AMICO* Y DONACIONES

Con todo, en los negocios realizados entre padres e hijos, podemos preguntarnos si estamos ante donaciones encubiertas para el caso de transmisiones que se realizan a través de una compra venta, —donde no existe entrega de dinero— o ante negocios fiduciarios *cum amico*.

Para determinar si estamos ante un negocio fiduciario *cum amico*, se deberá acreditar:

- La *causa fiduciae*.
- Que el fiduciario ejerza gestión o administración —a favor del fiduciante— sobre el bien transmitido en fiducia.

El fiduciante, en la fiducia *cum amico*, presenta al fiduciario como verdadero propietario frente a terceros.

La transmisión dominical, para el caso de bienes inmuebles, debe ser realizada a través de cualquier negocio jurídico válido para transmitir la propiedad como puede ser compraventa, donación, etc.

Debe prestarse especial atención al momento en que la cosa debe ser restituida por el fiduciario al fiduciante. Si el fiduciario se niega, como el negocio no estará documentado, ya que es un negocio basado en la confianza existente entre las partes, puede suceder lo siguiente:

- Para el caso de que se trate de una compraventa: para ser desvirtuada se estará a la prueba de entrega efectiva de dinero, con base en el soporte documental bancario o de otra índole que acredite la salida del capital del patrimonio del fiduciario al del fiduciante.
- Si es una donación: habrá que valorar la existencia del *animus donandi*. Así pues, y como hemos venido explicando a lo largo del presente estudio, existe una discrecionalidad de los tribunales con la finalidad de «hacer justicia», tildando de negocios fiduciarios muchos pactos y/o contratos y justificando nulidades de donaciones, a pesar de la doctrina de los actos propios. Doctrina que establece que, los actos propios, para ser tenidos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos como concluye la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1984.

En otras ocasiones, los tribunales entienden que la donación es completamente válida, porque ha existido un *animus donandi* por parte del fiduciario.

En el sentido arriba expresado voy a explicar dos sentencias del Tribunal Supremos: de 10 de febrero de 2003 y otra 13 de febrero de 2003.

La primera sentencia trata de un supuesto de hecho en que la demandante, casada en régimen de gananciales y constante el matrimonio, había aportado a una sociedad una cantidad de dinero procedente de la herencia de su padre. Producida la separación de los cónyuges y la liquidación de su sociedad de gananciales, el esposo se adjudica la totalidad de participaciones de la mercantil, mientras que la esposa se adjudica otros bienes. En Primera Instancia y Apelación se desestimó la pretensión de la actora, que iba encaminada a recuperar las participaciones sociales en su totalidad, por considerar que la actora no puso en su momento oposición en la distribución de las acciones cuando se constituyó la sociedad y, por tanto, fueron reputadas gananciales cuando se practicó la liquidación de su régimen matrimonial, así como que «no puede la primera pretender la nulidad de lo que sería el negocio simulado, es decir una auténtica donación al actor, por carecer de legitimación para ello, aunque en el presente caso es claro que la donación no constituye un negocio simulado, sino real, que acompaña al anterior, teniendo en cuenta los vínculos existentes entre los contratantes, y la apreciada finalidad en la actora de beneficiar a su esposo, negocio que se produce a propósito de la constitución de la sociedad precitada. No puede la demandante ahora, pretender ir contra sus propios actos».

El Tribunal Supremo considera que no cabe la invocación de los actos propios para convalidar la nulidad absoluta. Además de que, por el simple hecho de poner las acciones a nombre del demandado, no puede entenderse que existe donación, ya que no ha existido «*animus donandi*», sino intención fiduciaria. Puesto que la esposa pretendió constituir al esposo en fiduciario de dichas participaciones sociales a través de una fiducia *cum amico*, esto produce las siguientes consecuencias:

- a) La nulidad absoluta de las adjudicaciones de las participaciones sociales.
- b) Nulidad de los pactos relativos a la liquidación de la sociedad de gananciales.
- c) Nulidad de los pactos y contratos concertados por efecto de la misma, incluida una ampliación de capital de la sociedad que afecta a un tercer socio.

El supuesto de hecho arriba explicado es típico, la interpretación se hace caso por caso, y en función de la prueba desplegada en el plenario se determina si la causa del negocio es fiduciaria u obedece a otras finalidades. En ocasiones, de la lectura de la resolución, parece que se adaptan los supuestos al negocio fiduciario.

La segunda sentencia —STS de 13 de febrero de 2003—, concluye de forma contraria, y no aprecia la existencia de un negocio fiduciario, en concreto de la fiducia *cum amico*. El supuesto de hecho que la motiva es el siguiente: el actor reclama la propiedad de un inmueble que compró en documento privado, y que, en un momento dado, renuncia formal y expresamente a su propiedad a favor de su compañera sentimental, y autorizó de forma expresa a los vendedores para que se escriturase la venta a favor de esta. Tras la muerte de la compradora, el inmueble es disfrutado por los causahabientes de la compradora que son demandados en este proceso.

Ante este supuesto de hecho, la sentencia del Tribunal Supremo afirma que el negocio jurídico no puede calificarse como una fiducia *cum amico*, ya que debe existir un compromiso de devolver la propiedad al fiduciante, cuestión que no ha quedado acreditada en el procedimiento. Concluye la sentencia afirmando que la «verdad irrefragable del *animus donandi*», con base en la relación sentimental que mantenía el actor con la compradora durante un periodo tan dilatado de tiempo, es la motivación en forma de compensación o gratitud, que lleva a permitir que se escriture y se registre dicha venta con ella como compradora (manifiesta la Sala que existe un refuerzo en la voluntad). En definitiva, entendía el Tribunal que existe una simulación relativa en la que el negocio disimulado es una donación.

Después del análisis de los supuestos de hecho en dos sentencias del mismo mes y del mismo año del Tribunal Supremo, nos encontramos con dos resoluciones completamente contradictorias entre sí.

En la primera sentencia se aprecia la existencia de un negocio de fiducia *cum amico*, el supuesto enjuiciado versaba sobre la compra de la esposa con dinero privativo de unas participaciones de una sociedad mercantil a favor de su esposo. Con posterioridad, y ante la separación legal se firma el convenio regulador del divorcio y se liquida la sociedad de gananciales. La sentencia considera que no existe «*animus donandi*» en el negocio llevado a cabo por las partes, sino que el mismo es constitutivo de fiducia *cum amico*.

En la Segunda sentencia y ante una relación sentimental, análoga a la marital, el hecho de que para que se inscriba el inmueble a nombre de la pareja deba en primer lugar renunciar a un contrato privado a favor de esta, y en segundo lugar permitir la escritura pública a su favor, es más que suficiente para entender el *animus donandi*. El Tribunal Supremo considera que no existe negocio fiduciario en este caso, ya que no existía pacto de retransmisión de la propiedad.

Los negocios fiduciarios son casuísticos y se debe estar al supuesto concreto para valorar cuál fue la voluntad de las partes, pero se debe estar al cumplimiento de los requisitos caracterizados del negocio para su determinación.

En mi opinión, en ambos supuestos existe *animus donandi* en el momento de realizar el negocio jurídico y no un negocio fiduciario. Ya que en ambos casos si la relación afectiva no hubiese finalizado —en un caso por crisis matrimonial y en otro por fallecimiento— nunca se hubiese reclamado la propiedad.

Uno de los elementos característicos de los negocios fiduciarios consiste en el compromiso de devolución del bien al fiduciante una vez cumplido lo pactado, así como que el fin debe ser de administración o representación.

En los supuestos descritos: ¿cuál sería la finalidad perseguida? Y ¿cuándo se tendría que devolver el bien? Si no existe respuesta a estas cuestiones, es obvio que no nos encontramos ante negocios fiduciarios, sino ante donaciones puras y simples, que ni siquiera pueden ser tildadas de condicionales, ya que en el momento de realizarlas se hacen sin objeción ni reserva alguna. Con todo, se debe estar al supuesto concreto y valorar toda la prueba, incluso la indiciaria. Debe valorarse también que ante la pérdida de la confianza carece de sentido continuar con el negocio fiduciario. De este modo, ante las crisis familiares, la pérdida de confianza operará como causa de resolución o extinción del negocio, pues aunque no esté pactado, está implícita en el propio negocio. Con la obligación de retransmisión del bien dado en fiducia.

## 2. DIFERENCIA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y LOS NEGOCIOS DE CONFIANZA

Los negocios fiduciarios llevan implícita como se ha expuesto la característica de la confianza, si bien que sean negocios en los que la confianza sea uno de los elementos más importantes no significa que sean negocios de confianza, ya que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de diferenciarlos.

CÁMARA LAPUENTE considera que no existe similitud con los negocios de confianza; es decir, aquellos concluidos en interés ajeno, previstos y regulados por la ley (CÁMARA LAPUENTE, 1999, 1769).

En los negocios de confianza se valoran las cualidades personales de las partes, y con base en estas se negocian los contratos; son negocios *intuitu personae*. Como ejemplos enunciativos, pero no taxativos, se califican como negocios de confianza: el mandato, la comisión, el depósito, etc. En este sentido, no existen las notas de desproporción, atipicidad y confianza como en los negocios fiduciarios. Los negocios de confianza, sin embargo, sí que están tipificados en la norma: el contrato de depósito, mandato o comisión.

La confianza requerida —en los negocios de confianza— está regulada legalmente y, por tanto, ningún riesgo asume el que contrata respecto del abuso de la confianza que se pueda dar por el que presta el servicio. En los negocios fiduciarios sucede lo contrario, pues la confianza que el fiduciante deposita en el fiduciario es máxima.

Con todo, las notas características de los negocios fiduciarios —utilización de un medio indirecto; desproporción y riesgo de abuso— requieren para su constitución de confianza, siendo por tanto la confianza la nota característica y esencial del negocio fiduciario; pero debe ser distinguido este requisito de la identidad o confusión con los negocios de confianza, que estudio en este apartado.

La jurisprudencia distingue los negocios fiduciarios de los negocios de confianza. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2005, en su Fundamento de Derecho tercero<sup>18</sup>, diferencia los negocios de fiducia —negocios de confianza— de los negocios fiduciarios. Concluyendo que en los negocios

de confianza la voluntad de las partes no es suficiente para producir el efecto traslativo del dominio, puesto que no existe causa real para ello, al contrario que en los negocios fiduciarios en los que sí que existe una causa válida —*causa fiduciae*— generadora de la transmisión de la propiedad.

#### IV. LA CONFIANZA ANTE LA CRISIS MATRIMONIAL Y LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

La jurisprudencia se ha encargado de diferenciarlos de los negocios de confianza. Debiendo hacer constar que los negocios fiduciarios se dan en todo su esplendor en el derecho de familia; las relaciones familiares son el caldo de cultivo adecuado y más válido para desarrollar este tipo negocial basado en la confianza. Pero no todos los negocios realizados en la órbita de las relaciones familiares son negocios fiduciarios, pues deben cumplir los requisitos establecidos por la jurisprudencia para poderse calificar como tales. Ya que por razón del matrimonio existen negocios jurídicos que no son negocios fiduciarios: donaciones, compraventas por precios simbólicos, y demás de carácter definitivo a los esposos o entre los mismos, pero que ante la crisis familiar y por esta misma razón se intenta por todos los medios que solamente beneficie a uno de ellos, intentando calificarlos —el benefactor— de forma interesada como negocios fiduciarios, con la finalidad de que vuelva el bien o el derecho transmitido al patrimonio troncal familiar.

Por otro lado, cuando surge una crisis matrimonial —con la correspondiente pérdida de confianza— se intenta recuperar el bien o derecho dado en fiducia; si bien deberá demostrarse la existencia previa del negocio fiduciario, así como lo estipulado a través del *pactum fiduciae*.

Existe un catálogo amplísimo de sentencias en materia de familia, que resuelven situaciones generadas ante las crisis familiares y confusiones de patrimonios por las comunidades proindivisos, gananciales y postgananciales creados constante el matrimonio. Además, y con la intención de deshacer negocios gratuitos —realizados por motivo de matrimonio—, el favorecedor de la transmisión intenta calificar como negocios fiduciarios aquellos que en realidad son donaciones —fruto de la liberalidad del donante— o compraventas (por precio simbólico). Otras veces el fiduciario trata de negar el negocio fiduciario para apropiarse del bien —que fue transmitido de forma fiduciaria, con base en la confianza existente, constante el matrimonio— tras la ruptura matrimonial.

Con todo, paso a exponer supuestos de hecho judiciales —en materia de familia— con situaciones en los que los negocios fiduciarios son el centro el objeto de debate.

Cabe plantearse, si partimos de que en los negocios fiduciarios existe una transmisión de la propiedad puramente formal —del fiduciante al fiduciario— con obligación de retransmitir: ¿cómo opera esta en los negocios fiduciarios entre los cónyuges?, ¿se debe entender que se extingue el negocio fiduciario por la sobrevenida pérdida de confianza ante la crisis matrimonial? ¿o ¿cabría fijar una cláusula revocatoria que opere *ipso facto* ante la crisis matrimonial?

Las respuestas a estas cuestiones dependen en exclusiva del supuesto de hecho concreto. Como se ha dicho a lo largo del trabajo es una institución muy casuística y se debe valorar supuesto a supuesto. En general, existe multitud de problemas a la hora de determinar la existencia y el alcance de los negocios



fiduciarios en materia de familia, ya que la confianza depositada entre cónyuges hace que el pacto fiduciario no se instrumente por escrito. Sin embargo, ante la crisis matrimonial los procedimientos son más viscerales, ya que existe una elevada carga emocional con las consecuencias que ello conlleva, como a continuación se expone con ejemplos concretos y que, lejos de ser excepcionales, son supuestos habituales en los tribunales españoles.

En mi opinión considero que sí que existe una cláusula resolutoria del negocio fiduciario *cum amico* ante la crisis matrimonial, siempre que esta suponga la pérdida de la confianza en el fiduciario, ya que carece de sentido continuar manteniendo un negocio basado en la confianza ante una ruptura familiar de esta índole. La resolución podrá operar, a pesar de no estar pactado de forma expresa, ya que, considero que es consustancial al propio negocio.

#### 1. COMENTARIOS A RESOLUCIONES JUDICIALES

##### A) *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2006*

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2006<sup>19</sup> recoge el supuesto en el que un padre que hace una donación a su hija y a su yerno para la compra de la vivienda habitual, pero ante la crisis matrimonial intenta que se califique como un negocio fiduciario. Este es un supuesto típico de pura liberalidad, se hace la donación por parte del padre de la esposa al matrimonio sin pacto revocatorio alguno; quizá con la convicción de la indisolubilidad del matrimonio. El problema surge ante la crisis matrimonial y la posibilidad de que alguien ajeno a la familia se beneficie. Esta reacción es absolutamente normal —piénsese en las reservas troncales habidas en el derecho de sucesiones o en las cláusulas revocatorias de las donaciones, o en las donaciones condicionales—, pero carente de fundamentación frente a las donaciones puras.

En el supuesto de hecho, el actor —padre de los demandados— interpone acción de nulidad de compraventa contra su yerno y su hija —separados legalmente— y contra la entidad promotora que les vendió la vivienda familiar. La nulidad de la compraventa se sustentaba en que el contrato privado había sido suscrito con el actor; este había pagado el precio, pero la escritura pública se otorga a favor de los cónyuges.

Ante la crisis matrimonial —y una vez separados legalmente los cónyuges—, se solicita la nulidad de la compraventa, el juzgado desestima la acción, y el actor recurre en apelación. La Audiencia Provincial estima la demanda, entendiendo que es un negocio fiduciario ya que existen dos contratos: uno privado que firma el padre y otro público que es firmado por los cónyuges. La Audiencia provincial no explica los motivos de calificar el negocio jurídico como fiduciario, tampoco lo califica como *cum amico* o *cum creditore*, ni se ha demostrado el pacto de fiducia y cuándo se tenía que realizar la retransmisión. Frente a esta resolución se alzó el «yerno» e interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo estima el recurso entendiendo que existe una donación de dinero del padre a los «hijos» —al matrimonio—, como es de cosa mueble «dinero» no necesita la formalidad requerida para los inmuebles (la donación y la aceptación deben ser formalizadas en escritura pública) y que además no existe negocio fiduciario por falta de causa ni la existencia de pacto fiduciario.

B) *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012*

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012<sup>20</sup>. Este supuesto de hecho versa sobre la acción de declaración de dominio sobre un bien que le había sido transmitido de forma fiduciaria, en este caso la actora es la expareja del demandado. La base con la que se pretendía sustentar la acción, consistía en que se considerase que el negocio fiduciario había sido fraudulento ya que la finalidad fue salvaguardar el patrimonio del demandado-fiduciario de su primera exmujer. Con este sustento legal, pretendía la actora apropiarse del bien que había sido adquirido por ella misma de forma fiduciaria. El demandado se opuso a la demanda y formuló reconvencción, ejerciendo acción declarativa de dominio.

El demandado alega la existencia de negocio fiduciario, ya que el inmueble fue adquirido, en realidad, con dinero de ambos y se puso a nombre de la actora porque este tenía problemas económicos de una relación matrimonial anterior. La actora insiste que se realizó de forma fraudulenta y para perjudicar a la exmujer de su pareja. Por tanto, con finalidad ilícita que conlleva la nulidad.

El Tribunal Supremo concluye que no se puede mal interpretar la jurisprudencia —a favor de quien consiente un negocio fiduciario y pretende defraudar la confianza depositada en ella—, y considera que el negocio fiduciario es válido por lo que se le reconoce a él la mitad de la propiedad.

La resolución del Tribunal Supremo es acertada, —desde mi punto de vista—, ya que devolviendo el bien fiduciario al patrimonio del fiduciante se da cumplimiento al pacto *fiduciae*, por un lado, y por otro, si el bien está en el patrimonio del fiduciante podrá responder de las posibles deudas de este. En caso de haber estimado la pretensión contraria, se habría producido un enriquecimiento injusto, y eludido posibles responsabilidades de terceros acreedores del fiduciante.

Con todo, se puede concluir que, a pesar de que la finalidad del negocio fiduciario fuese eludir la responsabilidad patrimonial frente a terceros acreedores, el resultado no debe ser la nulidad del negocio, sino la retransmisión en los términos acordados, con la finalidad de que no se perjudique a los terceros ajenos al negocio en beneficio de una de las partes, que colaboró en el mismo.

C) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010<sup>21</sup>, recoge un supuesto en que la actora —exesposa del demandado— interpone acción declarativa de dominio sobre un inmueble adquirido por el demandado constante el matrimonio en régimen legal de separación de bienes.

La sentencia de primera instancia estimó la pretensión de la esposa —actora— por la que declaraba el dominio de esta respecto de la mitad indivisa de la finca objeto de litigio.

Frente a la resolución de instancia, la Audiencia Provincial resuelve a favor del esposo-apelante al considerar que no se había acreditado la existencia de un negocio fiduciario y que no se acreditó que el esposo obtuviera mejores condiciones de financiación por escriturar el inmueble a su nombre en exclusiva; y teniendo en cuenta que ambos estaban casados en separación de bienes, que ambos trabajaban en banca y que constantemente el matrimonio realizaba compras de inmuebles de forma privativa y en proindiviso, según les beneficiara, no

se podía concluir la existencia de negocio fiduciario por falta de prueba, tanto de la *causa fiduciae* como del pacto de fiducia.

*D) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011<sup>22</sup>, resuelve un supuesto —dentro de la órbita de la crisis matrimonial también— que trae causa de un negocio fiduciario en su modalidad de fiducia *cum creditore*. La actora —primera exesposa— entabla acción en reclamación de cantidad contra la comunidad post ganancial formada por la segunda esposa de su exmarido —ahora viuda— y los hijos de la actora y su exmarido. La finalidad de la acción es que el bien (en este caso participaciones sociales) que fue transmitido en forma fiduciaria *cum creditore*, vuelva al patrimonio privativo del exesposo —por haberse cumplido el pacto fiduciario (devolución del crédito)— y no a la comunidad postganancial del segundo matrimonio de este, que en todo caso no era el fiduciante.

La actora reclama cantidad contra la comunidad post ganancial formada por la segunda esposa de su exmarido —ahora viuda— y los hijos de la demandante y su exmarido. El importe reclamado era la cantidad de 1.137.020 euros. La cuestión litigiosa consistía en que constante el primer matrimonio en régimen de gananciales —y con anterioridad a la liquidación de este—, se adquirieron unas participaciones sociales del Casino de juego Gran Madrid.

Las participaciones fueron transmitidas como garantía de devolución de un préstamo al cuñado del exesposo de la actora, comprometiéndose a retransmitirlas una vez devuelto el préstamo. Todo ello, habida cuenta que las participaciones fueron adquiridas constante el primer matrimonio, sin haber formado parte de la liquidación de gananciales de este. El exesposo contrajo nuevo matrimonio y con posterioridad falleció. Considera la actora —primera esposa— que devueltas las participaciones sociales por el fiduciario y fallecido el exesposo, las participaciones han pasado a formar parte de la comunidad postganancial del segundo matrimonio. Y esta comunidad ganancial, fallecido el esposo, la componen la segunda esposa y los hijos del primer matrimonio.

La reclamación hecha por la actora, es la indemnización por el valor de las participaciones y el valor de los frutos de las mismas, ya que la titularidad realmente es de la sociedad de gananciales del primer matrimonio.

La parte demandada se opuso a la reclamación con base en que la compraventa hecha constante el matrimonio fue válida en sí misma y no era fiduciaria, y que la segunda venta —retransmisión fiduciaria— era una compraventa que no podía calificarse de fiduciaria. Por tanto, siendo independientes los negocios, no se incorporarían o no existiría ningún derecho de crédito a favor de la primera esposa<sup>23</sup>.

La prueba practicada en el procedimiento demostró la existencia de un acta de manifestaciones ante notario, en el que se explicaba que en las primeras compraventas no hubo pago de dinero y que respondían a la transmisión en concepto de garantía y la segunda retransmisión al cumplimiento del pago de la cuantía adeudada.

El Tribunal calificó el negocio realizado de fiducia *cum creditore* y acordó el pago de las participaciones a favor de actora, no así de los intereses, que se entendió que eran del fiduciario.

Por último, el tribunal consideró —respecto a la alegación de prescripción adquisitiva— que siendo un negocio fiduciario no concurre en el fiduciario el carácter de adquisición del bien en concepto de dueño<sup>24</sup>.

*E) Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de diciembre de 2007*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de diciembre de 2007<sup>25</sup> considera los negocios fiduciarios, como negocios que ocultan la verdadera situación a terceros ajenos al negocio, también son generadores de problemas, ante las liquidaciones económico matrimoniales, puesto mientras esté vigente el pacto fiduciario, este debe obviarse ya que esa es su propia naturaleza: permanecer ocultos frente a terceros hasta que se cumpla lo pactado. Una vez cumplida la causa fiduciaria, el cónyuge perjudicado podrá reclamar lo que a su derecho convenga. Este es el supuesto que a continuación describo:

En primer lugar, se alegaba por el recurrente la excepción de cosa juzgada, habida cuenta de la existencia de una sentencia que aprobó el convenio regulador de su divorcio. Si bien es cierto este extremo, —así como que en el convenio se manifestó que no existían bienes que conformaran la sociedad de gananciales—, no es menos cierto que en el propio convenio se viene a ratificar la realidad de tal acuerdo fiduciario. Ya que se ratifica la apariencia formal de la titularidad de los bienes, que no la real, lo que constituye la esencia de la «fiducia *cum creditore*», a la que seguían ligadas las partes. Admitir lo contrario en el momento en que se suscribió tal acuerdo, podría incluso haber determinado la existencia de un pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.

Con todo, la problemática generada por los negocios fiduciarios ante la crisis familiar dentro de la órbita de la disolución de los regímenes económico matrimoniales sea a través de sentencia judicial firme o acuerdo homologado judicialmente, crea la expectativa del cónyuge fiduciario de oponerse a la reclamación por parte del cónyuge fiduciante, por ser opuesta a la prohibición de ir contra de los actos propios o de cosa juzgada.

En ambos supuestos —sentencia o acuerdo extrajudicial—, debe concluirse que los negocios fiduciarios, —como negocios basados en la confianza y en los que se pretende esconder a terceros la situación dominical verdadera—, deben mantenerse ocultos hasta que se cumpla el pacto fiduciario. En consecuencia, si no se ha cumplido el pacto de fiducia al tiempo de los pactos liquidatorios o de la sentencia en cuestión, no pueden incluirse por la propia naturaleza del negocio fiduciario, como confirma la práctica judicial.

*F) Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de octubre de 2012.*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de octubre de 2012<sup>26</sup>, analiza un supuesto de hecho relativo a la confianza absoluta que se tiene entre los cónyuges con anterioridad y durante el matrimonio, y cómo esa confianza desaparece ante la crisis matrimonial convirtiéndose, en ocasiones, en deslealtad.

En el supuesto de hecho que recoge esta sentencia se declara la titularidad de los bienes en proindiviso de ambos litigantes y en su día cónyuges, frente al argumento de la exesposa que consideraba que los bienes eran de su propiedad absoluta y no fiduciaria, ya que la transmisión se realizó en fraude de Ley, no aceptando el tribunal dicha interpretación interesada en beneficio propio.

Queda patente que el negocio fiduciario —complejo y problemático por naturaleza— ante las crisis matrimoniales llega a su cota de conflictividad máxima, ya que la confianza dada entre cónyuges o familiares por razón del matrimonio o de la vigencia de este, se convierte en recelo y malicia, generando una litigiosidad abundante con los supuestos más insospechados de reclamación y de oposición.

Por tanto, los negocios fiduciarios, no admitidos por gran parte de la doctrina, han de ser enjuiciados por los tribunales, y buscar soluciones y criterios unificados para los problemas que el tráfico jurídico genera y que no puede obviarse como si no existieran.

Del análisis de la sentencia estudiada, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Los negocios fiduciarios requieren de confianza y esta se da en la órbita de las relaciones familiares, ya que la confianza es inherente a estas relaciones.
- En los negocios fiduciarios concertados entre familiares, como consecuencia de la confianza existente, no se instrumenta, en la mayoría de las ocasiones, a través de documento privado.
- Los cambios en las relaciones familiares, como consecuencia de las rupturas matrimoniales, generan una alta litigiosidad por los conflictos de lealtades que surgen.
- Los negocios fiduciarios producen efectos a largo plazo, en función de lo pactado, pero las variaciones producidas por las crisis matrimoniales conllevan que donde existía una confianza plena y absoluta, tras una ruptura familiar, pase a existir una rivalidad.
- Se deberá estar al supuesto de hecho concreto para valorar la existencia y el alcance de los negocios fiduciarios.

Con todo, se puede extraer una conclusión importante en relación a la confianza en los negocios fiduciarios, como consecuencia del estudio en materia de crisis familiar. Considero que la pérdida de confianza es una causa de extinción o resolución del negocio fiduciario. Esta consecuencia aunque no forme parte del pacto fiduciario está implícita en el mismo. Carece de sentido que perdida la confianza entre las partes se mantenga la vigencia del pacto fiduciario, por lo que se deberá retransmitir la propiedad al fiduciante en los supuestos de *fiducia cum amico*.

## V. LA CRISIS MATRIMONIAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

La causa de extinción de los negocios fiduciarios es diferente, según la modalidad de negocio de que se trate.

La causa de extinción para la *fiducia cum creditore* es el cumplimiento de la obligación o, en todo caso, la condonación de la deuda, con la consiguiente retransmisión del bien dado en garantía.

Sin embargo las causas de extinción de la *fiducia cum amico* —atendiendo a la especial importancia que tiene la persona del fiduciante— pueden ser la revocación, la renuncia, la muerte, la incapacitación, la declaración de prodigalidad, la quiebra o la insolvencia de cualquiera de las partes y por supuesto el cumplimiento del pacto fiduciario.

Por último en relación a los negocios fiduciarios *cum amico* únicamente, considero, con base en todas las resoluciones expuestas, que se extinguirán también por la pérdida de la confianza depositada en la persona del fiduciante. Esta causa sobre todo opera en los supuestos de quiebra de la confianza ante la crisis matrimonial. De forma que producido el divorcio, separación o nulidad entre los

cónyuges, operará de forma directa y presunta la extinción del negocio fiduciario que se haya celebrado entre los cónyuges.

## VI. CONCLUSIONES

I. La doctrina científica niega la eficacia del negocio fiduciario por considerarlo un negocio simulado relativamente, sin embargo la jurisprudencia le da carta de naturaleza y eficacia plena.

II. La jurisprudencia define la fiducia *cum amico* como aquel negocio jurídico por el cual uno de los contratantes, llamado fiduciante realiza un negocio traslativo de la propiedad —generalmente a través de compra venta— a favor de otro —llamado fiduciario—, para que lo utilice con una finalidad determinada (representación o administración), debiendo devolver el bien al fiduciante o tercero designado cuando se cumpla la finalidad. La titularidad del bien que ostenta el fiduciario es formal, en el sentido de aparente.

III. El negocio fiduciario se da en su estado puro en la modalidad *cum amico*, ya que es en este tipo negocial donde el fiduciante a través de un pacto de confianza, que generalmente no está instrumentado documentalmente, transmite la propiedad con una finalidad de representación o administración.

IV. El negocio fiduciario en su variable de fiducia *cum amico*, es válido en tanto en cuanto la *causa fiduciae*, sea lícita y válida. Entendiendo por *causa fiduciae* no el contrato que hace posible la transmisión de la propiedad, sino la causa por la que se hace aquel contrato traslativo de dominio.

V. La fiducia *cum amico* se da en su máximo esplendor en la órbita de las relaciones familiares y en concreto, con un alto nivel de conflictividad, en las relaciones matrimoniales entre cónyuges y familiares de estos.

VI. Se debe estar al supuesto concreto para valorar la existencia de negocio fiduciario. Para determinar si estamos ante un negocio fiduciario *cum amico*, se deberá acreditar:

- La *causa fiduciae*.
- Que el fiduciario ejerza gestión o administración —a favor del fiduciante— sobre el bien transmitido en fiducia.
- El fiduciante, en la fiducia *cum amico*, presenta al fiduciario como verdadero propietario frente a terceros.
- La transmisión dominical, para el caso de bienes inmuebles, debe ser realizada a través de cualquier negocio jurídico válido para transmitir la propiedad como puede ser compraventa, donación, etc.
- Debe prestarse especial atención al momento en que la cosa debe ser restituida por el fiduciario al fiduciante. Si el fiduciario se niega, como el negocio no estará documentado, ya que es un negocio basado en la confianza existente entre las partes, puede suceder lo siguiente:
  - Para el caso de que se trate de una compraventa: para ser desvirtuada se estará a la prueba de entrega efectiva de dinero, con base en el soporte documental bancario o de otra índole que acredite la salida del capital del patrimonio del fiduciario al del fiduciante.
  - Si es una donación: habrá que valorar la existencia del *animus donandi*
  - Se diferencia de los negocios de confianza la voluntad de las partes no es suficiente para producir el efecto traslativo del dominio, puesto

que no existe causa real para ello, al contrario que en los negocios fiduciarios en los que sí que existe una causa válida —*causa fiduciae*— generadora de la transmisión de la propiedad.

VII. Con todo, y una vez superado por la jurisprudencia que el negocio fiduciario es un negocio lícito, válido y eficaz habrá que estar al supuesto concreto para determinar la existencia y el alcance de esta figura negocial.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, (1958), *El negocio jurídico*, Barcelona: Bosch.
- CÁMARA LAPUENTE, (1999), Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho Español, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 654, septiembre-octubre, 1809 y sigs.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, (1973), Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 50 y sigs.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985, reimpresión 1997), *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1987), Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios, *Dictámenes jurídicos*, 1ª ed, Madrid: Civitas (29 y sigs.).
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, (1988), *Sistema de Derecho civil II*, 5ª edición, Madrid: Tecnos.
- DURÁN RIVACOBÁ, (1998), *La propiedad en garantía; prohibición del pacto comisorio*, Pamplona: Aranzadi.
- GALGANO, (1992), *El negocio jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- JORDANO BAREA, (1959), *El negocio fiduciario*, Barcelona: Bosch.
- MARTÍN LEÓN, (2012), *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, 1ª ed., Pamplona: Aranzadi.
- PANTALEÓN PRIETO, (1955) «Negocio fiduciario», en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid: Civitas (4407 y sigs.).
- ZANNONI, (1986), *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires: Astrea.

## VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 26 de mayo de 1950
- STS de 3 de junio de 1953
- STS de 6 de abril de 1962
- STS de 4 de julio de 1962
- STS de 19 de diciembre de 1963
- STS de 22 de mayo de 1964
- STS de 22 de noviembre de 1965
- STS de 26 de noviembre de 1970
- STS de 28 de diciembre de 1973
- STS de 4 de diciembre de 1976
- STS de 9 de octubre de 1981
- STS de 2 de junio de 1982
- STS de 25 de enero de 1983

- STS de 16 de mayo de 1983
- STS de 16 de junio de 1984
- STS de 24 de junio de 1984
- STS de 5 de octubre de 1987
- STS de 12 de febrero de 1988
- STS de 15 de febrero de 1988
- STS de 16 de febrero de 1988
- STS de 25 de febrero de 1988
- STS de 8 de marzo de 1988
- STS de 10 de octubre de 1988
- STS de 22 de diciembre de 1988
- STS de 10 de mayo de 1989
- STS de 15 de junio de 1989
- STS de 14 de octubre de 1989
- STS de 18 de enero de 1990
- STS de 7 de marzo de 1990
- STS de 5 de marzo de 1991
- STS de 30 de abril de 1992
- STS de 4 de junio de 1992
- STS de 30 de diciembre de 1992
- STS de 12 de abril de 1993
- STS de 13 de abril de 1993
- STS de 20 de mayo de 1993
- STS de 5 de julio de 1993
- STS de 15 de octubre de 1993
- STS de 4 de febrero de 1994
- STS de 13 de abril de 1994
- STS de 14 de julio de 1994
- STS de 22 de febrero de 1995
- STS de 13 de marzo de 1995
- STS de 22 de junio de 1995
- STS de 8 de febrero de 1996
- STS de 5 de julio de 1996
- STS de 2 de diciembre de 1996
- STS de 22 de enero de 1997
- STS de 24 de marzo de 1997
- STS de 19 de junio de 1997
- STS de 4 de julio de 1998
- STS de 15 de junio de 1999
- STS de 18 de enero de 2000
- STS de 28 de enero de 2000
- STS de 15 de marzo de 2000
- STS de 4 de julio de 2000
- STS de 5 de marzo de 2001
- STS de 26 de abril de 2001
- STS de 7 de mayo de 2001
- STS de 21 de mayo de 2001
- STS de 16 de julio de 2001
- STS de 17 de julio de 2001
- STS de 15 de marzo de 2002
- STS de 17 de septiembre de 2002



- STS de 28 de noviembre de 2002
- STS de 10 de febrero de 2003
- STS de 13 de febrero de 2003
- STS de 27 febrero de 2003
- STS de 18 de septiembre 2003
- STS de 28 de octubre de 2003
- STS de 31 de octubre de 2003
- STS de 30 de marzo de 2004
- STS de 11 febrero de 2005
- STS de 5 de diciembre de 2005
- STS de 9 de marzo de 2006
- STS de 23 de junio de 2006
- STS de 27 de julio de 2006
- STS de 18 de septiembre de 2006
- STS de 27 de febrero de 2007
- STS de 7 de mayo de 2007
- STS de 13 de julio de 2009
- STS de 25 de marzo de 2011
- STS de 28 de marzo de 2012
- STS de 31 de octubre de 2012

#### SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2004
- SAP de Alicante de 13 de diciembre de 2007
- SAP de Cádiz de 10 de febrero de 2009
- SAP de Burgos de 21 junio de 2010
- SAP de Barcelona de 7 de octubre de 2010
- SAP de Barcelona de 26 de octubre de 2010
- SAP de Madrid de 31 de marzo de 2011
- SAP de Baleares de 11 de octubre de 2012

#### NOTAS

<sup>1</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS conciben el negocio fiduciario como un negocio simulado, puesto que la voluntad y finalidad no es de transmitir ni adquirir la propiedad y en este sentido concluye: «Las partes no quieren transmitir ni adquirir, sino conseguir fines distintos. Para ello se inviste a una parte de la titularidad del bien porque la otra confía en que hará uso de ella de acuerdo con lo pactado».

<sup>2</sup> PANTALEÓN PRIETO define el negocio fiduciario textualmente: «Los negocios fiduciarios se caracterizan por una incongruencia o desproporción entre el efecto jurídico querido por las partes durante la vigencia de la relación fiduciaria y la finalidad económica o práctica que las partes persiguen con dicha relación: se quiere la transmisión de la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho del fiduciante al fiduciario, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación (fiducia *cum creditore*), o de que la cosa sea administrada o gestionado el ejercicio del derecho por el fiduciario (fiducia *cum amico*). La finalidad económica pretendida se manifiesta, y su consecución se instrumenta, mediante un convenio entre fiduciante y fiduciario (*pactum fiduciae*) por el que el segundo se obliga a restituir al primero la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho objeto del negocio, en su caso con los rendimientos que haya producido su administración, o lo obtenido de

la realización del derecho; en el momento en que la obligación garantizada se extinga, si de fiducia *cum creditore* se trata, o a voluntad del fiduciante, en la fiducia *cum amico*».

<sup>3</sup> Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Concluye: «por virtud del negocio en cuestión, se proporciona a una persona, llamada fiduciario, una posición jurídica superior y más amplia que aquella que es estrictamente exigida por el fin económico al que se pretende llegar. En el negocio fiduciario las partes se proponen obtener unos efectos distintos y más restringidos que los que son propios del tipo negocial que ponen en juego. Se dice que el negocio fiduciario existe cuando se lleva a cabo la transmisión de la propiedad de una cosa o la transferencia de la titularidad de un derecho para lograr una finalidad para la cual no son jurídicamente necesarias tal transmisión o tal transferencia».

<sup>4</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2012.

<sup>5</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009.

<sup>6</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1994 y sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1995. En el sentido expuesto lo definen como: «negocio que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de revertirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. De lo que se trata es de crear una apariencia lo más real posible para que los terceros destinatarios de la misma (ya sea con el fin de garantizar el pago de una deuda, que sería el caso de la fiducia *«cum creditore»*, o la fiducia hecha con el fin de sustituir al fiduciante en la gestión y realización de un negocio, fiducia *«cum amico»*) lleguen a creérsela».

<sup>7</sup> Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de junio de 2010. En su Fundamento de Derecho primero recoge: «A los efectos de la resolución del presente procedimiento, conviene recordar la STS de 13 de julio de 2009, cuando con referencia a la figura jurídica de la fiducia, nos dice: «ciertamente en el caso nos encontramos ante una “fiducia *cum amico*” cuyo precedente histórico se halla en las *Instituciones* de GAYO (II, 60, «*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*») y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala (entre las más recientes sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000; 5 de marzo y 16 de julio de 2001; 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007)».

Continúa la sentencia reconociendo como novedad y resultado de la evolución jurisprudencial que «en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza».

<sup>8</sup> El Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de febrero de 2003 recoge la evolución jurisprudencial para concluir que: «(...) la fiducia *cum amico*, tal y como se indica en la sentencia de 5 de marzo de 2001—cuya doctrina se recoge en la posterior de fecha 31 de octubre de 2003, y como asimismo se precisa en la de fecha 16 de julio de 2001, consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. En esta modalidad de fiducia, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero —beneficiario—, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal, en el sentido de aparente, caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza, y de ahí que doctrinalmente se considere la “fiducia *cum amico*” la forma pura o genuina del negocio fiduciario —sentencia de 16 de julio de 2001—. En otros términos: en el negocio fiduciario el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto de fiducia; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, y ha de devolverlo al

fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia —sentencia de 31 de octubre de 2003—».

<sup>9</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011, en esta sentencia citando otras sentencias del Tribunal Supremo como «la STS de 27 de febrero de 2007 declara que en estos casos la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que este la conservará hasta el momento en que se reclame por el fiduciante la propiedad de lo transmitido; y la STS 23 de junio de 2006, que en los casos de fiducia *cum amico*, la cual “implica la creación de una apariencia”, el fiduciario “se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza”».

<sup>10</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009 que en relación a la fiducia *cum amico* cuyo precedente histórico se halla en las *Instituciones* de GAYO (II, 60, «*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quotutius nostrae res apud eum sint*») y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala (entre las más recientes sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000; 5 de marzo y 16 de julio de 2001; 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007)».

<sup>11</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011 que en su Fundamento de Derecho segundo establece: «(...) la calificación que mejor conviene a las operaciones atribuidas en ella a los demandados es la de negocios fiduciarios consistentes en poner a nombre de las hijas bienes pertenecientes a sus padres con el pacto interno entre estos y aquellas de reconocer a los padres como verdaderos propietarios, pactos a su vez indiferentes para el vendedor de los bienes. De aquí que no fueran extravagantes las constantes alusiones del demandante a la simulación, pues como declara la STS de 15 de junio de 99 con cita de otras anteriores la doctrina tiende a asimilar el llamado negocio fiduciario al simulado. Por su parte la STS de 27 de febrero de 2007 declara que en estos casos la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que este la conservará hasta el momento en que se reclame por el fiduciante la propiedad de lo transmitido; y la STS de 23 de junio de 2006, que en los casos de fiducia *cum amico*, la cual “implica la creación de una apariencia”, el fiduciario “se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza”».

Pues bien, si a lo antedicho se une, de un lado, que según la STS de 28 de noviembre de 2002 el fiduciario no puede integrar en su patrimonio el objeto del negocio como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante, y, de otro, que el artículo 1111 del Código Civil configura la acción subrogatoria en términos muy amplios, autorizando al acreedor a «ejercitar todos los derechos y acciones» de su deudor, sin distinción alguna ni otra excepción que los derechos y acciones inherentes a la persona del deudor, habrá que convenir en que mediante la acción subrogatoria el acreedor puede pedir la declaración de que los bienes puestos a nombre de fiduciarios no deudores pertenecen en realidad al fiduciante deudor, pues por esa vía ejercita el derecho de este último a pedir esa misma declaración en cualquier momento y, al propio tiempo, consigue que los bienes se integren en el patrimonio de su deudor para que sea efectiva su responsabilidad patrimonial, sin que en casos como el presente, en que la finalidad atribuida a la fiducia sea precisamente eludir esa responsabilidad, resulte aplicable el límite temporal consistente en «el logro de las finalidades perseguidas con la fiducia» (SSTS de 31 de octubre de 2003 y, 4 de julio de 1998), pues los negocios fiduciarios pueden ser lícitos o ilícitos y una finalidad ilícita, como es eludir la responsabilidad patrimonial universal, nunca puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico.

<sup>12</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007. El Tribunal Supremo tiene —en los negocios fiduciarios— superada la simulación, respecto a la falta de causa típica en el negocio transmisor de la propiedad y llega a concluir: « (...) Por ello, no cabe apoyar

*en el carácter simulado de la segunda compraventa, ni en la inexistencia de precio, la nulidad, sino que hay que estar a la irrelevancia de la causa expresada, cuando sustancialmente se trata de completar, según el diseño negocial establecido, el iter transmisivo, intitulado a favor del mandante o fiduciante el bien que para él, en definitiva, se ha adquirido».*

<sup>13</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001. Concluye que en la fiducia *cum amico*, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza».

<sup>14</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007, argumenta que la doctrina considera como «fiduciaria en sentido lato» una adquisición realizada por encargo, un mandato para adquirir. El hijo encarga a la madre (única que puede aprovechar la oferta por su condición de arrendataria) que adquiera para él (y su esposa), a cuyo efecto verifica el pago de precio más impuestos y gastos, para que, con reserva del usufructo, la madre le transmita, como beneficiario definitivo. La segunda escritura es, de este modo, un acto de transferencia sobre cuya naturaleza ya había hipotizado la doctrina que habría de ser, en la mayor parte de las ocasiones, una escritura simulada, lo que carece de importancia en el contexto negocial, pues el mandante ya adquirido, dando sentido con ello a lo previsto en el artículo 1717 del Código Civil, como ha dicho esta Sala en un conjunto de decisiones que constituyen una línea constante, como las de 22 de mayo de 1964, 22 de noviembre de 1965, 26 de noviembre de 1970, sin necesidad de que el mandatario otorgue un documento en que el mandatario confiese o testimonie el origen del dinero con el que adquiere (lo que ocurre, en cambio, en las sentencias de 26 de mayo de 1950, 3 de junio de 1953, y 19 de diciembre de 1963). Una línea que sigue en las sentencias de 16 de mayo de 1983, 24 de junio de 1984, 14 de octubre de 1989, 13 de abril de 1994, 18 de enero y 4 de julio de 2000, entre otras. La doctrina lo ha explicado al señalar que «el mandante adquiere una propiedad sustancial, mientras que el mandatario, frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mandato, una propiedad formal». A lo que se añadiría, según la autorizada doctrina a que nos referimos, que se trata «en suma, de algo idéntico a lo que ocurre en el negocio fiduciario, entre fiduciante y fiduciario». Por ello, no cabe apoyar en el carácter simulado de la segunda compraventa, ni en la inexistencia de precio, la nulidad, sino que hay que estar a la irrelevancia de la causa expresada, cuando sustancialmente se trata de completar, según el diseño negocial establecido, el *iter* transmisivo, intitulado a favor del mandante o fiduciante el bien que para él, en definitiva, se ha adquirido.

<sup>15</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004 (Fundamento de Derecho séptimo).

<sup>16</sup> Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009 que confirma la fundamentación de la sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid el 17 de diciembre de 2004, en el Rollo núm. 440 de 2003, desestima el recurso de apelación y confirma la resolución del Juzgado. La «*ratio decidendi*» se articula, en síntesis, en los argumentos de que el dueño del cuadro del litigio era el Sr. Alberto, que no hubo acto traslativo de dominio —por donación u otro título— del padre a la hija, por lo que aquel nunca dejó de ser dueño hasta la venta cuyo precio se utilizó para un préstamo inexistente, habiéndose configurado un negocio jurídico fiduciario entre el padre y la hija, figura reconocida en la doctrina y en la jurisprudencia (SS. 18 de septiembre y 31 de octubre 2003) que implica un apariencia en la que subyace otro contrato que es perfectamente válido entre los otorgantes y, en cambio, frente a terceros, prevalece el contrato aparente sin actúan de buena fe, y explicándose la intervención de AGEPA por la pertenencia a la única titularidad del Sr. Alberto.

Fundamento de Derecho segundo. (...) Es cierto que una visualización externa de la documental aportada con la demanda crea otra apariencia jurídica. El dinero reclamado procede de la venta de un cuadro (habiéndose producido una subrogación real de «*pretium in locum rei*»), el cuadro vendido se hallaba inventariado en el Registro administrativo a nombre de D<sup>a</sup> Azucena, el dinero del precio de la venta se ingresó en una cuenta bancaria

de la misma titularidad, y se documentó privadamente un préstamo en el que dicho numerario se transfirió en concepto de préstamo a AGEPAS. Sin embargo, todo ello (y los datos fácticos valorados al respecto por la resolución recurrida son claramente evidenciadores) no fue más que un entramado jurídico determinado por la necesidad de formular la declaración administrativa de ciertos bienes de valor artístico y de dispersarlos entre los hijos por parte del Sr. Alberto, de modo que, con las apariencias expresadas —simuladas y, por ende, carentes de existencia jurídica—, se trata disimular —ocultar— la realidad de que el Sr. Alberto era, segun siendo, el dueño verdadero de los bienes, y solo confiaba —fiducia— a la hija la titularidad formal, situación jurídica que, si bien puede producir efectos reales respecto de terceros de buena fe, sin embargo no altera la verdaderamente existente entre las partes que intervienen en el negocio fiduciario —de fiducia «cum amico»—; sin que obste la pluralidad negocial producida, pues los diversos actos jurídicos se hallan plenamente trabados entre sí y enderezados a un único fin —mantenimiento del valor patrimonial integrado dentro del patrimonio familiar—».

<sup>18</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2005, que en su Fundamento de Derecho tercero considera que: «Debe notarse que la parte recurrente, aunque utiliza la expresión negocio fiduciario, invoca en puridad la existencia de un negocio de fiducia, cuya característica, frente al negocio fiduciario, radica en que «si bien en unos y otros concurren dos manifestaciones negociales distintas [...] en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intentado o perseguido, toda vez que la validez y eficacia del contrato exige la existencia de una causa eficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado» (sentencia de 22 de diciembre de 1988). Pues bien, como se infiere de la sentencia de esta Sala núm. 74/2005, de 11 febrero, recurso de casación núm. 4671/1998, también la fiducia, y no solo el negocio fiduciario en sentido estricto, requiere la prueba de la intención de los contratantes de perseguir una finalidad para la atribución formal de la titularidad del bien al fiduciario ajena a la transmisión, pues declara que «La fiducia parte del presupuesto de la atribución patrimonial que el fiduciante lleva a cabo de cosa o derecho de su propiedad en favor del fiduciario (propietario solo formal), para la finalidad que ambos pactan y cuando la misma se cumple el fiduciante, por retransmisión, recobra lo cedido (sentencias de 5 de julio de 1993, 15 de octubre de 1993, 22 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1996 y 4 de julio de 1998)».

<sup>19</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2006, que en los Fundamentos de Derecho segundo y cuarto sintetizan un supuesto de hecho de negocio fiduciario de fiducia *cum amico* ante una crisis matrimonial: «(.) previamente al examen individualizado de esa «motivación», las siguientes declaraciones:

I. En la demanda origen del proceso, y planteada por el padre de uno de los demandados (su hija, casada con otro de ellos), frente a estos y la vendedora, se solicitan como declaraciones a efectuar por el Juzgado, las siguientes, en resumen, y en lo que aquí interesa: a) la nulidad de la compraventa, otorgada entre los demandados en documento público, de la vivienda de autos, por inexistencia de causa y por simulación; b) la nulidad consiguiente de la inscripción registral de dicha compraventa; c) la inexistencia de la transmisión de la propiedad efectuada, cualquiera que sea el título de la misma y en concreto el de una donación encubierta; d) la condena a la vendedora a otorgar nueva escritura de compraventa en favor del actor, o subsidiariamente a hacerlo por los otros codemandados, debiendo realizar estos los actos precisos y otorgar cuantos documentos fueren necesarios para ello; e) la desocupación de la vivienda por los ocupantes, dejándola libre y a disposición del actor; y f) la condena en costas a los demandados.

II. a) El Juzgado, dicta sentencia, desestimando la demanda, y absolviendo de ella a los demandados, por entender que estos habían adquirido realmente la propiedad de la finca, y que no se daba la nulidad absoluta o relativa de tal contrato, pues no existía simulación alguna al respecto, entendiéndose, por contra, que sí había existido donación del dinero que era precio del contrato, bien mueble, para el que no se precisaba de escritura pública.

b) La Audiencia estima la demanda, revocando la anterior sentencia, con estimación del recurso de Apelación del demandante, y entendiendo que no se daba la simulación del contrato, en ninguna de sus modalidades, ni la donación del actor a los demandados, apre-

ciaba la existencia de un «contrato fiduciario» en el que estaba incluida la obligatoriedad de retorno de la propiedad de los compradores al dueño real frente a ellos, y condenaba a las partes demandadas a efectuar dicho retorno, con imposición a las mismas de la obligación de realizar los actos precisos para ello, y la desocupación de la finca, cuya posesión debía entregarse al demandante.

III. El demandado, que fue esposo de la otra codemandada (hija del actor) y separado judicialmente de ella, plantea recurso de Casación frente a la anterior sentencia, pidiendo su anulación y que se confirme la del Juzgado, y proponiendo a dicho fin, cuatro motivos, el primero, de forma, por «incongruencia extra-petita» de la sentencia de la Audiencia, al entender que la misma había resuelto por una causa que no era la pedida en demanda, sino distinta a la discutida: siendo los otros tres motivos de fondo, en los que se va desarrollando el siguiente discurso: en primer lugar (motivo 2º), se propone la declaración de que, en ningún caso, ni en sus distintas modalidades, se ha dado el negocio fiduciario declarado por la Audiencia; consiguientemente (motivo 3º), sí se había producido la donación del dinero que sirvió para la compraventa, que no precisó, al ser bien mueble y fungible, de formalidad (escritura pública) alguna, al respecto; y, en definitiva (motivo 4º), que la adquisición real de la finca, por su parte (y por la que fue su esposa), sí se dio, por darse las características que se exigen legalmente para ello, es decir, el título y la tradición, con la entrega de la posesión, que había durado, mediante la ocupación de la finca, largo tiempo. Este último es el motivo de fondo, dentro de los tres de esta categoría, que se puede considerar como el más importante y que precisa de su principal contemplación, si bien los dos que le anteceden coadyuvarían a su posible admisión». Siendo estimado el recurso en los términos argumentados por el instante. Y concluyendo que: «E) No obstante lo anterior, y en cualquier caso, la virtualidad o justificación jurídica del pago hecho para realizar la compra en este supuesto, vendría amparada en la figura del “pago por tercero” de la deuda, como liberador para el adquirente frente al transmitente, del artículo 1158 del Código Civil. EDL 1889/1, bien lo consienta y lo conozca, o no, el deudor por compra, pago que no requiere, pues, de justificación causal alguna, sin perjuicio de las acciones que puedan proceder entre el tercero pagador y aquel, sobre la base de dicho precepto; y sin que en el presente caso se haya ejercitado acción alguna por el demandante (hoy, recurrente) para la posible recuperación del dinero así abonado.

Debe indicarse, en fin, que la adquisición del dominio del bien, corresponde en proindiviso al recurrente y a la que fue su esposa, hija del actor, por mitades e iguales partes, por lo que la acción (implícita en su oposición a la demanda) de aquel nunca ha podido ejercitarse en beneficio exclusivo y total suyo».

<sup>20</sup> Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012, en su Fundamento de Derecho primero recoge: «PRIMERO. Doña Mónica formuló demanda de juicio ordinario contra don Carlos Alberto interesando sentencia por la cual se declare que la demandante es la única titular en pleno dominio de la finca (...).

El demandado se opuso y, además, formuló reconvencción ejerciendo acción declarativa de dominio respecto de la mitad de la finca descrita e interesando sentencia que contenga tal declaración y, subsidiariamente, que se condene a la actora reconvenida a abonarle la cantidad de 222.465 euros.

Sustanciado el proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barbate dictó sentencia de 22 de abril de 2008 por la que estimó íntegramente la demanda y declaró que la finca en cuestión es propiedad de D.ª Mónica, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración y a dejar vacua y expedita dicha finca a la libre disposición de la actora bajo apercibimiento de lanzamiento, con imposición de costas a la parte demandada; igualmente estimó la reconvencción parcialmente y condenó a D.ª Angelina a abonar a don Carlos Alberto la cantidad de ochenta y cuatro mil novecientos veinticinco euros con treinta y un céntimos, más intereses legales, sin especial pronunciamiento sobre costas de la reconvencción.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) dictó sentencia, de fecha 10 de febrero de 2009, por la que estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado-reconviniente don Carlos Alberto y desestimó el de la demandante D.ª Mónica, desestimando la demanda y dando lugar a la petición principal formulada en la reconvencción, con los correspondientes pronunciamientos sobre costas.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandante recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, habiendo sido admitido únicamente este último.

SEGUNDO. La Audiencia considera acreditado que, aunque en la escritura notarial de compraventa de fecha 30 de marzo de 2004, aparece como titular y única compradora de la finca la demandante D.<sup>a</sup> Mónica, dicha finca fue vendida conjuntamente a dicha compradora y al demandado don Carlos Alberto —con el que mantenía una relación sentimental— lo que se justifica teniendo en cuenta la propia declaración testifical del vendedor don Leandro que explica “de forma reiterativa y contundente” que la venta se hizo a ambos, los cuales le dijeron que la pondrían a nombre de la demandante porque el demandado “tenía problemas derivados de su divorcio”; que ambos le manifestaron cómo iban a financiar la operación, ella con el dinero obtenido por la venta de un piso y él con el obtenido a través de una indemnización por despido. A continuación, la sentencia se refiere al modo como el demandado hizo su aportación económica para pagar el precio, por lo que, en definitiva, concluye que “la finca se vendió a ambos litigantes y que fue pagada con dinero de ambos”.

TERCERO. El primer motivo del recurso denuncia la infracción de la “doctrina relativa a la fiducia cum amico en cuanto a su interpretación y aplicación, derivada del artículo 1255 del Código Civil EDL 1889/1”.

Sostiene la parte recurrente que la solución adoptada por la Audiencia implica reconocer la existencia de una relación fiduciaria de tal clase entre las partes en virtud de la cual la demandante, D.<sup>a</sup> Mónica, figuraba como titular de la totalidad de la finca cuando, por el contrario, la misma pertenecía por mitades indivisas a ella y al demandado don Carlos Alberto, siendo así que para que tal pacto de fiducia *cum amico* sea válido es necesario que sea lícito, es decir, que no se realice en fraude de ley; situación que —según afirma la recurrente— se daba en el caso en tanto que, según reconoce el propio demandado, se hizo así para evitar problemas económicos derivados de la ruptura de su anterior relación sentimental.

La sentencia de esta Sala núm. 518/2009, de 13 julio (Rec. 294/2005) se refiere a dicha figura afirmando que su precedente histórico se halla en las *Instituciones* de GAYO (II, 60, «*sed fiducia contra hitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*») habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000; 16 de julio de 2001; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real —en este caso sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente a don Carlos Alberto — pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.

Precisamente por ello, lo que no puede pretender la recurrente es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia *cum amico* —que le vincula con el demandado— para, haciendo una interpretación interesada de la jurisprudencia citada, negar toda eficacia “inter partes” a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata».

<sup>21</sup> Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010. En el presente caso, se funda la demanda en la existencia de un pacto fiduciario por el que ambos se beneficiaban de las ventajosas condiciones que ofertaba Caixa Catalunya a sus trabajadores exclusivamente. El pacto fiduciario no queda reflejado documentalmente, ni tampoco se deduce de las actuaciones, así:

«1. Si bien el demandado es empleado de Caixa Catalunya, la actora es empleada de Deutsche Bank (antes Bancontrans).

El demandado en la contestación a la demanda opone que no tiene constancia que Caixa Catalunya ofreciera mejores condiciones hipotecarias que Deutsche Bank donde trabajaba y trabaja la apelante, y no lo acredita. Como hemos visto anteriormente la carga de la prueba de la *causa fiduciae* corresponde al que la alega, y la apelante no ha probado las diferencias en los beneficios entre los empleados de las distintas entidades.

2. En el *iter* de la duración de la convivencia matrimonial se hicieron varias adquisiciones inmobiliarias.

La primera vivienda adquirida tras el matrimonio y, una plaza de aparcamiento, lo fue en la calle Marina de Barcelona. Se escrituró dicha adquisición a nombre de la apelante, en piso que aparece como cedido por los padres de ella.

En el interrogatorio en juicio de la exesposa declara que “se pactó que el piso era moralmente de los dos igual que el de la calle Marina” (folio 698, acta del juicio). En este punto podemos partir que la apelante por su profesión conoce la terminología propia de las adquisiciones, préstamos, y demás figuras jurídicas propias en su trabajo.

Y, se refiere a que se pactó que era moralmente de los dos, y, parece que el término es empleado correctamente.

(....) Y, finalmente nos encontramos que ambos cónyuges por mitad y proindiviso adquieren una segunda residencia en Cunit, vivienda y parking.

Por lo que constante matrimonio se producen distintas adquisiciones, con titularidades distintas y conjuntas, por lo que dificulta la prueba de un pacto fiduciario cuando el mismo solo se significa de una operación, de la mitad indivisa del piso de la CALLE000, pero no de las restantes. En definitiva, no ayuda ello a presumir ningún pacto fiduciario.

(...) En definitiva, alegada la existencia de un pacto de fiducia *cum amico* no consta probado el mismo, ni se deduce de la conducta de las partes durante la convivencia matrimonial, en que ambos trabajan en el sector bancario, en distintas entidades, conocedores del significado de lo que hacían en sus adquisiciones inmobiliarias, y constando adquirirse a nombre de uno y otro, y de los dos; sin que lo que moralmente pudiese entender la apelada tenga su traducción jurídica, además de que respecto del piso en la calle Marina resultaría que moralmente era de los dos, pero en la venta el dinero de ella, lo que en definitiva, significa el reconocimiento que el concepto moralmente no es equivalente a titularidad conjunta.

Todo ello conlleva a estimar el recurso de apelación, y, en consecuencia desestimar la demanda deducida por la actora».

<sup>22</sup> Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011, que en su Fundamento de Derecho segundo establece que: «(...) El negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión del dominio, eficaz “*erga omnes*”, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que el fiduciario no impida el rescate de los bienes por el fiduciante cuando se dé el supuesto obligacional pactado a cargo de este (sentencias, entre otras, de 9 de diciembre de 1981, 19 de junio de 1997 y 16 de noviembre de 1999) o, como dice la sentencia de 5 de marzo de 2001 (...) y en parecidos términos se pronuncia la sentencia de 16 de julio de 2001». Por tanto lo que se dice en el acto de manifestaciones al que se hace referencia es que la operación concertada entre las partes se había configurado como un negocio fiduciario, y que dicho negocio había concluido satisfactoriamente y habiéndose producido la causa fiduciaria en el año 1987 momento en el que las acciones volvieron a su propietario que nunca dejó de serlo por aplicación de la doctrina del negocio fiduciario.

<sup>23</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011. En el Fundamento de Derecho segundo continua estableciendo que: «(...) En efecto, la parte apelante, después de hacer mención a la teoría de los actos propios, lo que intenta es desacreditar el contenido del acta de manifestación con ello intenta llevar al juzgador y a la Sala a la conclusión de que en realidad no se había producido tal negocio fiduciario sino que la compraventa de las acciones instrumentadas en los años 1982 y 1984 constituiría un negocio real como también lo fue la retroventa producida en el año 1987, y que fueron todas ellas operaciones autónomas y distintas y que estaban no revestidas de ninguna *causa fiduciae*.

(...) En efecto, lo que realizaron las partes fue el típico negocio de transmisión de propiedad en garantía, a través de un medio indirecto cual es la instrumentación de una compraventa simulada, que, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha conocido ya en bastantes ocasiones (sentencias de 2 de junio de 1982, 12 y 25 de febrero y 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 13 de marzo de 1995 y 15 de junio de 1999, entre otras).

Según la citada sentencia de 26 de abril de 2001 “las líneas maestras de la configuración de esta figura jurídica, llamada también ‘venta en garantía’, en la doctrina jurisprudencial pueden resumirse así: 1º la transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de



la fiducia *cum creditore*, el fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda este vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario. 2º el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario. 3º el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia el pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión. 4º la falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación. 5º el fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo. 6º la transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o 'venta en garantía' es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación....". (...) Entre estos casos se encuentra la denominada "fiducia *cum amico*" y por ende también extrapolaba la figura de la fiducia *cum creditore*, no siendo desdeñable en este punto la existencia de relación de amistad o incluso familiar entre los intervinientes en este tipo de contratos.

(...) En efecto de las pruebas obrantes en autos no parece que en modo alguno se produce un desplazamiento patrimonial en ninguna de las compraventas y palmariamente no se produce el desplazamiento patrimonial en la retroventa de las acciones del Casino producidas supuestamente en el año 1987. En efecto, ascendiendo el precio de la compraventa a la suma de más de 24.000.000 de ptas., lo cierto es que no hay rastro de la entrega de dicha suma por parte del Sr. Alberto, y siendo como es una suma muy notable sobre todo en el momento en que se produjo la transmisión y a la vista del cuidado contable que llevaba el referido Sr. Alberto, como lo acredita el hecho de conservar las matrices de los talonarios aun mucho tiempo después de su uso, lo cierto es que no consta ningún apunte que justifique el pago de una suma tan elevada, que por fuerza debió de haber dejado rastro, y no se puede cobijar con algunos apuntes referidos a venta de acciones en que lo son por un importe muy inferior, de lo que se desprende que no puede sino conceptuarse las operaciones como una compraventa fiduciaria en su modalidad de fiducia *cum creditore* o incluso de fiducia *cum amico*, pues forzoso es decir que tampoco consta la entrega de dinero que supone el capital del préstamo. (...) por lo que no cabe afirmar que en realidad las compraventas efectuadas correspondían a una realidad jurídica, debiendo considerarse como simple compraventa fiduciaria y en garantía».

<sup>24</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011 Fundamento de Derecho tercero. PRESCRIPCIÓN Que como segundo motivo de apelación se aduce que la sentencia ha inapicado la figura de la prescripción adquisitiva de las acciones conforme al artículo 1955 del Código Civil EDL 1889/1 El motivo no prospera y ello porque cuando como se ha dicho con anterioridad la naturaleza jurídica del negocio realizado por el Sr. Alberto y el Sr. Claudio se corresponde con un negocio fiduciario, en su modalidad *cum creditore*, o aun incluso en la modalidad *cum amico*, caracterizado este último como una modalidad del negocio en la que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza. (...) por lo que no cabe que se hayan poseído dichas acciones a título de dueño pues la titularidad era meramente fiduciaria y la compraventa que ampara la supuesta titularidad también. Por ello el motivo se desestima.

<sup>25</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de diciembre de 2007. Fundamento de derecho: «TERCERO. Respecto de la cosa juzgada (...). Efectivamente las partes

firmaron de mutuo acuerdo Convenio Regulador de la separación, en cuya cláusula sexta se hace constar expresamente que “El matrimonio de los comparecientes se rige por el régimen económico matrimonial de separación de bienes, según se estableció en capitulaciones matrimoniales suscritas en fecha 27 de julio del año 1992 ante el notario de Elche D.<sup>a</sup> Pilar CHOFRE OROZ, Protocolo núm. 1370, no habiendo bienes en común entre los cónyuges y sin que estos tengan nada que reclamarse por este concepto”; acuerdo que fue ratificado por sentencia de fecha 24 de septiembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de esta Ciudad dictada en procedimiento de separación núm. 800/2004 presentado el día 21 de julio de 2004. Verificados tales hechos, se ha de determinar si efectivamente el Acuerdo alcanzado en el Convenio Regulador aprobado judicialmente produce los efectos de la cosa juzgada sobre el procedimiento que ahora nos ocupa. Es de destacar al efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2006, que señala que para que concurra la cosa juzgada, resulta esencial que el pronunciamiento judicial antecedente resuelva la controversia entre las partes, que lógicamente no podrá serlo de modo distinto con posterioridad, pero no puede predicarse tal efecto cuando las sentencias de separación y divorcio únicamente se limitaron a aprobar un convenio que se limitaba a consignar la común voluntad de los interesados.

Y constatada la existencia de un negocio fiduciario entre las partes, anterior en el tiempo al Convenio Regulador de la Separación, es evidente que los efectos de la cosa juzgada no pueden recaer sobre tal negocio fiduciario; puesto que con la declaración contenida en el convenio de separación se viene a ratificar la realidad de tal acuerdo fiduciario y por tanto a ratificar la apariencia formal de la titularidad de los bienes, que no la real, lo que constituye la esencia de la «fiducia cum creditore», a la que seguían ligadas las partes. Admitir lo contrario en el momento en que se suscribió tal acuerdo, podría incluso haber determinado la existencia de un pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento jurídico. (...)

(...) Ello enlaza a su vez con la alegada infracción del artículo 7.1 del Código Civil EDL 1889/1, por inaplicación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, en base precisamente al Convenio regulador de la Separación. Como recoge la STS de 28 de octubre de 2003 “Esta Sala tiene señalado en relación con los ‘actos propios’, como destacó la sentencia de 22 de enero de 1997 y repitieron las de 7 de mayo de 2001 y 15 de marzo de 2002 que las sentencias de 15 de febrero de 1988, 9 de octubre de 1981, 25 de enero de 1983 y 16 de junio de 1984, se pueden considerar esenciales en el tema de los actos propios, que se definen como expresión inequívoca del consentimiento que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y además causan estado frente a terceros. Asimismo, una plétórica jurisprudencia, constituida, entre otras muchas, por las sentencias de 5 de octubre de 1987, 16 de febrero y 10 de octubre de 1988, 10 de mayo y 15 de junio de 1989, 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de diciembre de 1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, mantiene que el principio general de Derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de la buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurran los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin duda alguna, una determinada situación jurídica afectante a su autor y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior”. Por su parte la STS de 21 de mayo de 2001, hace una exposición detallada de la jurisprudencia recaída en torno a la doctrina de la vinculación por los actos propios señalando que “esta Sala tiene declarado para la aplicación de la doctrina de los actos propios es preciso que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril y 4 de julio de 1962); y como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2000, el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos. (...) Aplicando tal doctrina al caso que nos ocupa, resulta que con el convenio regulador la actora apelada no va contra sus propios actos, muy por el contrario viene a ratificar la posición mantenida desde un inicio cual era el mantenimiento de la apariencia formal derivada del acuerdo fiduciario que ambos cónyuges habían alcanzado

con anterioridad a la separación conyugal. Muy al contrario, es el esposo el que realiza actos propios que vienen a ratificar la existencia del negocio fiduciario pactado entre los cónyuges, pues interesó tras la separación, la peritación de todos los bienes existentes en el matrimonio, con el objeto de proceder a la liquidación de los mismos».

<sup>26</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de octubre de 2012 en el Fundamento de Derecho tercero concluye: «(...) Cabe recordar con la STS de 23 de junio de 2006 que la “fiducia cum amico” “ha sido contemplada —dice la sentencia de 16 de julio de 2001— por muchas sentencias de esta Sala (28 de diciembre de 1973, 4 de diciembre de 1976, 30 de abril de 1992, 14 de julio de 1994, 22 de junio de 1995, 5 de julio y 2 de diciembre de 1996, 24 de marzo y 19 de junio de 1997, 15 de marzo de 2000, 10 de febrero de 2003, etc...) como una modalidad del negocio en la que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza, de ahí que algunos autores (sigue la sentencia) considera que la ‘fiducia cum amico’, constituye la forma pura del negocio fiduciario. Y, como ha dicho la sentencia de 5 de marzo de 2001, el negocio fiduciario en general, consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. Y, dentro del género, la fiducia cum amico implica la creación de una apariencia, un caso de intestación en el que el fiduciante sigue siendo el dueño.

Más recientemente, el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de marzo de 2012 STS 1926/2012 razona:

Sostiene la parte recurrente que la solución adoptada por la Audiencia implica reconocer la existencia de una relación fiduciaria de tal clase entre las partes en virtud de la cual la demandante, D<sup>a</sup> Mónica, figuraba como titular de la totalidad de la finca cuando, por el contrario, la misma pertenecía por mitades indivisas a ella y al demandado don Carlos Alberto, siendo así que para que tal pacto de fiducia cum amico sea válido es necesario que sea lícito, es decir, que no se realice en fraude de ley; situación que —según afirma la recurrente— se daba en el caso en tanto que, según reconoce el propio demandado, se hizo así para evitar problemas económicos derivados de la ruptura de su anterior relación sentimental.

La sentencia de esta Sala núm. 518/2009, de 13 de julio (Rec. 294/2005) se refiere a dicha figura afirmando que su precedente histórico se halla en las *Instituciones* de GAYO (II, 60, «sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint») habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000; 16 de julio de 2001; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real —en este caso sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente a don Carlos Alberto— pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.

Precisamente por ello, lo que no puede pretender la recurrente es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia cum amico —que le vincula con el demandado— para, haciendo una interpretación interesada de la jurisprudencia citada, negar toda eficacia ‘inter partes’ a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata”. Es por ello que, visto el exhaustivo análisis de la Juez a quo que la Sala comparte y en atención al que también se ha realizado en la apelación procede la desestimación del recurso.

Sobre los demás alegatos huelga decir que, declarado que concurre una fiducia, el titular formal no posee en concepto de dueño, por lo que mal puede adquirir por prescripción».